

Compliance-ohjelman vaikutus yrityksen vahingonkorvausvastuuseen

Helsingin yliopisto
Oikeustieteellinen tiedekunta
Pro gradu -tutkielma
Laatija: Annareetta Kalliokoski
Ohjaaja: Mika Hemmo
Opponentti: Salla Viitanen
Syyskuu 2019



Tiedekunta/Osasto - Fakultet/Sektion – Faculty Oikeustieteellinen tiedekunta		Laitos - Institution – Department Velvoiteoikeus
Tekijä - Författare – Author Annareetta Kalliokoski		
Työn nimi - Arbetets titel – Title Compliance-ohjelman vaikutus yrityksen vahingonkorvausvastuuseen		
Oppiaine - Läroämne – Subject Velvoiteoikeus		
Työn laji - Arbetets art – Level OTM-tutkielma	Aika - Datum – Month and year Syyskuu 2019	Sivumäärä - Sidoantal – Number of pages IX + 80
<p>Tiivistelmä - Referat – Abstract</p> <p>Tuottamuksellinen toiminta ilmentää moitittavaa riskinottoa ja rikkoo toimijalle asetettavaa huolellisuusvaatimusta. Yrityksen vahingonkorvausvastuun perusteena voi olla sen johtoon kuuluvan henkilön tai työntekijän tuottamus. Oikeushenkilön vastuun yhteydessä voidaan puhua myös kumuloidusta ja anonyymistä tuottamuksesta, joista erityisesti kumuloidu tuottamus ottaa huomioon kaikkien osapuolten ja tekijöiden yhteisvaikutuksen. Yritys voi pyrkiä kontrolloimaan vahingonkorvausvastuuriskiä monella eri tavalla, kuten sopimusehdoin ja vastuuvakuutuksella. Compliance-toiminta on kokonaisvaltaista riskienhallintaa, jolla pyritään siihen, että yrityksen toiminta vastaa siihen kohdistuvan oikeudellisen sääntelyn ja sidosryhmien asettamia velvoitteita. Asianmukaisella compliance-ohjelmalla voidaan pyrkiä sekä ehkäisemään riskien realisointumista että lieventämään tai poistamaan toiminnasta mahdollisesti aiheutuneita seuraamuksia. Ohjelma voidaan laatia esimerkiksi kilpailuoikeuteen, ympäristövastuuseen tai tuotevastuuseen liittyvien riskien hallitsemiseksi. Ohjelman tulisi sisältää yrityksen toimintaa koskeva riskianalyysin, ohjeet ja prosessit, jatkuvan koulutuksen ja ohjelman toteutumisen seurannan sekä toimenpiteet mahdollisten havaittavien väärinkäytösten varalta. Avainasemassa on pysyvän compliance-kulttuurin luominen yritykseen.</p> <p>Yhdysvalloissa yritys voi pyrkiä lieventämään rikosoikeudellisia seuraamuksia tehokkaalla compliance-ohjelmalla. EU:ssa on käytäntöä siitä, toimiiko compliance-ohjelma lieventävänä tai raskauttava seikkana harkittaessa seuraamussakkojen määräämistä kilpailuoikeutta rikkoneille yrityksille. Keskustelua on käyty myös siitä, voisiko compliance-ohjelmalla olla merkitystä arvioitaessa yrityksen tuottamusta vahingonkorvausvastuun yhteydessä. Compliance-toiminnon avulla yritys voisi pyrkiä osoittamaan toimineensa huolellisimmalla mahdollisella tavalla. Toisaalta se voisi toimia myös yrityksen vastuuseen tai ainakin törkeään huolimattomuuteen viittaavana tekijänä osoittaen korostunutta tietoisuutta ja siten mahdollisuutta estää vahinko sekä piittaamattomuutta toiminnan seurauksista.</p> <p>Jotta yritys ei syyllistyisi moitittavaan riskinottoon, tulisi sen panostaa riskienhallintaan. Compliance-ohjelma on osa yrityksen oikeudellista riskienhallintaa ja toisaalta riskienhallinta on välttämättä olennainen osa tehokasta compliance-ohjelmaa. Huolellisella riskiarvioinnilla ja dokumentoinnilla yritys voi pyrkiä osoittamaan riskinoton olevan hyväksyttävää. Erityisesti epäselvässä tai epävarmassa tulkintatilanteessa, jossa tuottamus ei ole selvää, compliance-ohjelma voi osoittaa yrityksen toiminnalle hyväksyttävät perusteet. Huolellisella compliance-toiminnalla voidaan pyrkiä myös esittämään, ettei mahdollisuutta toimia toisin ole ollut. Toisaalta asianmukaisesti rakennettu compliance-ohjelma voi korottaa toimijalle asetettavaa tietoisuusvaatimusta ja siten vaikuttaa tuottamuksen arviointiin yrityksen kannalta kielteisesti; riski vahingosta olisi tullut ennakoida. Yrityksen rikkoessa compliance-ohjelmansa, voi tämä myös osoittaa, mikä vaihtoehtoinen toimintatapa olisi ollut olemassa johtuen siihen, että se vaikuttaa yritykselle asetettavaan huolellisuuden mittapuuhun. Compliance-ohjelman vaikutus tuottamusarviointiin voisi pohjautua juuri varautumiseen, eli ennakoivaan ja toimintajärjestelmiin perustuvaan ajatteluun. Sen merkitykseen tuottamusarvioinnissa tulisi kuitenkin suhtautua varovaisesti, sillä tulee aina arvioida, onko ohjelmalla tosiasiallista merkitystä kyseisessä yksittäistapauksessa. Compliance-ohjelman tarkoitus huolellisen toiminnan edistämisessä sopii yhteen vahingonkorvausoikeuden tavoitteiden kanssa ja voisikin olla perusteltua antaa ohjelmalle merkitystä tuottamusarvioinnissa ja tuottamuksen astetta harkittaessa.</p> <p>Compliance-ohjelma voi vaikuttaa myös vastuuvakuutuksesta saatavaan korvaukseen, vastuunrajoitusehtojen pitävyyteen ja vahingonkorvauslain mukaiseen kohtuuserusteiseen korvauksen sovitteluun. Piittaamattomuus riskistä ja tähän liittyvä törkeä huolimattomuus voisivat johtaa vakuutuskorvauksen menettämiseen ja tehdä vastuunrajoitusehdot pitämättömiksi. Jos yritys compliance-ohjelmasta huolimatta toimii sitä vastoin, voisi tämän huomioimatta jättäminen jopa kannustaa yrityksiä välinpitämättömyyden riskinottoon niiden luottaessa, ettei ohjelmaa voida käyttää niitä vastaan. Kohtuuserusteisen sovittelun edellytysten arviointi tehdään kokonaisharkinnan perusteella. Compliance-ohjelman merkitys voisi olla suurimmillaan tapauksissa, jossa vahingonaiheuttajan varallisuusolot suhteessa vahingonkärsijään puhuisivat sovittelun puolesta ja ohjelma osoittaisi joko selkeää piittaamattomuutta, tai toisaalta yrityksen täyttäneen sille asetettavan toimintavaatimuksen parhain mahdollisin tavoin. Korvauksen sovittelun harkinta on subjektiivisempaa kuin tuottamusharkinta ja antaa lisäksi tuomioistuimelle varsin laajan harkintavallan. Sovitteluharkinnan luonteen vuoksi voisi olla perusteltua antaa compliance-ohjelmalle siinä enemmän merkitystä kuin tuottamusarvioinnin yhteydessä.</p>		
Avainsanat – Nyckelord – Keywords		
Tuottamus, compliance-ohjelma, riskinotto, varautuminen, kohtuuserusteinen sovittelu, vastuunrajoitus, vastuuvakuutus.		
Säilytyspaikka – Förvaringställe – Where deposited		
Muita tietoja – Övriga uppgifter – Additional information		

Sisällysluettelo

Keskeisimmät lyhenteet.....	I
Lähteet	II
1. Johdanto	1
1.1. Tutkimuskysymys	1
1.2. Metodi, aineisto ja rakenne	3
2. Compliance	7
2.1. Oikeudellinen riskienhallinta ja compliance	7
2.2. Lyhyt katsaus compliancen historiaan: EU ja Yhdysvallat.....	10
2.3. Compliance eri oikeudenaloilla	12
2.4. Tehokas compliance-ohjelma	13
3. Tuottamusarviointi.....	17
3.1. Vahingonkorvaus.....	17
3.1.1. Vahingonkorvauksen ja compliance-ohjelman tavoitteet	17
3.1.2. Vahingonkorvausvastuun perusteet.....	21
3.1.3. Tuottamuksesta	24
3.1.4. Vastuutaho	28
3.2. Tuottamusarvioinnista ja compliance-ohjelman merkityksestä	33
3.2.1. Normiperusteinen ja riskiperusteinen arviointi	33
3.2.1.1. Normin rikkomiseen perustuva vastuu	38
3.2.1.2. Hyväksyttävä riskinotto; varautuminen ja vahingon ennakoitavuus.....	41
3.2.1.3. Selonottovelvollisuus ja tietoisuus	52
3.2.2. Tuottamuksen asteet	56
3.2.2.1. Tavallinen ja törkeä huolimattomuus sekä tahallisuus.....	57
3.2.3. Yleisiä suuntaviivoja compliance-ohjelman merkityksestä arvioitaessa tuottamusta ja tuottamuksen astetta	62
4. Compliance-ohjelman muita mahdollisia merkityksiä	66
4.1. Tuottamuksen aste ja vastuuvakuutus sekä vastuunrajoitukset	66
4.2. Sovittelun edellytykset vahingonkorvauslaissa ja compliance-ohjelma.....	69
4.3. Korvausvastuun sovittelu sopimussuhteessa	77
5. Yhteenveto.....	79
5.1. Tulokset	79
5.2. Jatkotutkimus.....	80

Keskeisimmät lyhenteet

HE	Hallituksen esitys
KKO	Korkein oikeus
KL	Kauppalaki (27.3.1987/355)
Oiktl	Laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista (13.6.1929/228)
OYL	Osakeyhtiölaki (21.7.2006/624)
VahL	Vahingonkorvauslaki (31.5.1975/412)

Lähteet

Virallisaineisto

FIVA 8/01.00/2014	Finanssivalvonnan määräykset ja ohjeet 8/2014. Operatiivisen riskin hallinta rahoitussektorin valvottavissa.
HE 88/2010 vp.	Hallituksen esitys Eduskunnalle kilpailulaiksi.
HE 114/1993 vp.	Hallituksen esitys Eduskunnalle vakuutusopimuslaiksi ja laeiksi eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.
HE 247/1981 vp.	Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeustoimen kohtuullistamista koskevaksi lainsäädännöksi.
LaVL 13/2016 vp.	Valiokunnan lausunto LaVL 13/2016 vp- HE 83/2016 vp.

Kotimainen oikeuskäytäntö

KKO 2014:61
KKO 2008:79
KKO 2006:56
KKO 2003:70
KKO 2002:56
KKO 2001:134
KKO 2001:70
KKO 2000:69
KKO 2000:58
KKO 1999:12
KKO 1997:110
KKO 1997:103

KKO 1997:22

KKO 1992:123

KKO 1991:138

KKO 1991:65

KKO 1986 II 123

KKO 1985 II 51

KKO 1983 II 26

KKO 1982 II 135

KKO 1981 II 84

KKO 1977 II 84

KKO 1949 II 445

EU-oikeuskäytäntöä

C-501/11

Komission päätös 21.2.2007 (asia COMP/E-1/38.823)

Komission päätös 21.10.1998 (1999/60/EY)

Komission päätös 14.10.1998 (1999/210/EY)

Komission päätös 18.7.1988 (88/518/ETY)

Yhdysvaltojen oikeuskäytäntöä

Perez v. Z Frank Oldsmobile, Inc., 223 F.3d 617, 621 (7th Circuit 2000)

Harris v. L & Wings, Inc., 32 F.3d 978, 983-84 (4th Circuit 1997)

Kirjallisuus ja artikkelit

af Hällström, Esbjörn; Ijäs, Hannu	Vastuuvakuutus, Suomen vakuutusalan koulutus ja kustannus Oy 2003. (af Hällström – Ijäs)
af Schultén, Gerhard	Juridisk riskhantering i aktiebolag, JFT 1/2006, s.125-134. (af Schultén)
Aine, Antti	Kilpailunrajoitusvahinko, Talentum pro 2016. (Aine)
Bengtsson, Bertil	Om jämkning av skadestånd, Norstedt 1982. (Bengtsson)
Berg, Heinz-Peter	Risk management: procedures, methods and experiences, RT&A 2(17) (Vol.1) 2010. (Berg)
Biegelman, Martin T.; Biegelman, Daniel R.	Building a world-class compliance program : best practices and strategies for success, John Wiley & Sons 2008. (Biegelman – Biegelman)
Centonze, Fransesco; Forti, Gabrio; Manacorda, Stefano	Preventing corporate corruption : the anti-bribery compliance model, Springer 2014. (Centonze – Forti – Manacorda)
Conradi, Erland	Om adekvans – än en gång. Svensk juristtidning 1984, s.177-189. (Conradi)
Dotevall, Rolf	Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör, Norstedts Förlag 1989. (Dotevall)
Fatino, John, F.	Corporate Compliance Programs: An Approach to Avoid or Minimize Criminal and Civil Liability, 51 Drake Law Review 81, 2002, s.81-104. (Fatino)

Hahto, Vilja	Tuottamus vahingonkorvausoikeudessa, Alma Talent Oy 2008. (Hahto)
Havu, Katri	Fault in EU Law Based Competition Restriction Damages Cases. Maastricht European Private Law Institute working paper No. 2014/16. July 2014. Lopullinen versio julkaistu Global Competition Litigation Review'ssa 8(1) 2015, s. 1–13. (Havu)
Havu, Katri; Kalliokoski, Toni;	
Wikberg, Olli	Kilpailuoikeudellinen vahingonkorvaus, Edita Publishing Oy 2010. (Havu – Kalliokoski – Wikberg)
Hellner, Jan; Radetzki, Marcus	Skadeståndsrätt, Norstedts Juridik AB 2010. (Hellner – Radetzki)
Hemmo, Mika	Vahingonkorvauksen sovittelu ja moderni korvausoikeus, Suomalainen lakimiesyhdistys 1996. (Hemmo 1996)
	Vahingonkorvausoikeuden oppikirja, WSOY Lakitieto 2002. (Hemmo 2002)
	Vahingonkorvausoikeus, Alma Talent Oy 2005. (Hemmo 2005)
	Sopimuksiin liittyvät vastuuriskit. (Hemmo 2004 a)
	Tuotevastuuriskit, teoksessa Yrityksen ja yhteisön vastuuriskit – oikeudellisen riskienhallinnan perusteet, Aalto-se-tälä & al, Tietosanoma 2004. (Hemmo 2004 b)
Hirvonen, Ari	Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan. Yleisen oikeustieteen julkaisuja 17 2011. (Hirvonen)
Hoppu, Esko; Hemmo, Mika	Vakuutusosoikeus, Alma Talent Oy 2006. (Hoppu – Hemmo)

Hoppu, Kari – Hoppu, Esko	Kauppa- ja varallisuus oikeuden pääpiirteet, Talentum Pro 2016. (Hoppu – Hoppu)
Jones, Alison; Sufrin, Brenda	EU Competition Law : Text, Cases and Materials. Oxford University Press 2011. (Jones – Sufrin)
Kivimäki, Toivo; Ylöstalo, Matti	Suomen siviilioikeuden oppikirja: yleinen osa, WSOY 1973. (Kivimäki – Ylöstalo)
Kuoppamäki, Petri	Uusi kilpailuoikeus, Alma Talent 2018. (Kuoppamäki)
Könkkölä, Justus	Vahingonkärsijän ja vakuutuksenantajan välisestä oikeussuhteesta vastuuvakuutuksessa, Defensor Legis 3/2005, s. 454-465. (Könkkölä)
Lintumaa, Sari	Vastuuriskien hallinta – ennakointi maksaa vaivan, teoksessa Yrityksen ja yhteisön vastuuriskit – oikeudellisen riskienhallinnan perusteet, Aalto-setälä & al, Tietosanoma 2004. (Lintumaa)
Mentula, Arttu	Kartelliriskien minimoinnista, Defensor Legis 4/2008, s.568-583. (Mentula)
Mielityinen, Sampo	Vahingonkorvausoikeuden periaatteet, Edita Publishing Oy 2006. (Mielityinen)
Mähönen, Jukka; Villa, Seppo	Osakeyhtiö III Corporate Governance, Alma Talent Oy 2006. (Mähönen – Villa)
Mäkelä, Juha	Sopimus ja erehdys : sopimusoikeudellinen tutkimus oikeuserehdyksestä valinnanvapauden teorian näkökulmasta. Suomalainen lakimiesyhdistys, 2010. (Mäkelä)
Norio-Timonen, Jaana	Vakuutus sopimuslain pääkohdat, Talentum 2010. (Norio-Timonen)
Nygaard, Nils	Skade og ansvar, Universitetsforlaget AS 2007. (Nygaard)

Pitt, Harvey L; Groskaufmanis, Karl A.	Minimizing Corporate Civil and Criminal Liability : A Second Look at Corporate Codes of Conduct, 78. GEO-. L. J. 1559 1990, s.1559-1654. (Pitt – Groskaufmanis)
Pöyhönen, Juha	Törkeä tuottamus ja vastuunrajoitusehdot, teoksessa Asianajotoimisto Borenus & Kempainen 90 vuotta, toim. 2001. (Pöyhönen)
Saarnilehto, Ari	Vahingonkorvauksen sovittelu oikeuskäytännön valossa, Defensor Legis 3/2001, s.379-395. (Saarnilehto 2001) Vastuunrajoitukset riskien hallinnassa ja vakioehdot, Edita Publishing Oy 2005. (Saarnilehto 2005) Vahingonkorvauslaki. Käytännön kommentaari, Edita Publishing Oy 2007. (Saarnilehto 2007)
Saarnilehto, Ari; Annola Vesa	Sopimusoikeuden perusteet, Alma Talent Oy 2018. (Saarnilehto - Annola)
Saarnilehto, Ari; Annola, Vesa; Hemmo, Mika, Karhu, Juha; Kartio, Leena; Tammi-Salminen, Eva; Tolonen, Juha; Tuomisto, Jarmo; Viljanen, Mika	Varallisuus-oikeus, Sanoma Pro Oy 2012. (Saarnilehto & al.)
Savela, Ari	Vahingonkorvaus osakeyhtiössä, Alma Talent Oy 2015. (Savela)
Saxén, Hans	Skadeståndsrätt, Åbo Akademi 1975. (Saxén)
Sihvonen, Jarkko; Uusi-Hautamaa, Leena	Väärinkäytökset yrityksissä : estä, havaitse, korjaa, Alma Talent 2019. (Sihvonen – Uusi-Hautamaa)
Sillanpää, Jarkko	Hold harmless –ehdoista, Lakimies 1997/2, s.337-341. (Sillanpää)

Strömberg, Harry	Vastuuvakuutusten perusteella maksetut korvaukset, teoksessa Yrityksen ja yhteisön vastuuriskit – oikeudellisen riskienhallinnan perusteet, Aalto-setälä & al, Tietosanoma 2004. (Strömberg)
Ståhlberg, Pauli; Karhu, Juha	Suomen vahingonkorvausoikeus, Alma Talent Oy 2013. (Ståhlberg – Karhu)
Taxell, Lars Erik	Avtal och rättsskydd, Åbo akademi 1972. (Taxell)
Tiilikka, Päivi	Sananvapaus ja yksilön suoja – lehtiartikkelin aiheuttaman kärsimyksen korvaaminen, Alma Talent Oy 2007. (Tiilikka)
van Vormizeele, Philip Voet	The fault requirement in European private antitrust litigation and compliance programmes as exculpating or mitigating factor, Global Competition Litigation Review 3(1) 2010, s.1-10. (van Vormizeele)
Vinding Kruse, Anders	Erstatningsretten, Juristforbundets forlag, 1971. (Vinding Kruse)
Virtanen, Jenny	Todistustaakan ja vastuunrajoitusehtojen merkityksestä sopimusvastuussa, Defensor legis 3/2005, s. 484-504. (Virtanen J.)
Virtanen, Pertti	Vahingonkorvaus – laki ja käytännöt, Edita Publishing Oy 2011. (Virtanen 2011)
	Yksityisoikeudelliset seuraamukset, teoksessa Kilpailulait ja laki julkisista hankinnoista. Aalto-Setälä, Ilkka; Aine, Antti; Lehto, Petri; Petäjäniemi-Björklund, Anne; Stenborg, Markku; Virtanen, Pertti. Tietosanoma 2003. (Virtanen 2003)

Määrittävän markkina-aseman kontrollointi – Oikeus- ja taloustieteellinen vertaileva tutkimus Saksan, Suomen ja EU:n kilpailuoikeudesta, Suomalainen Lakimiesyhdistys 2001. (Virtanen 2001)

Whalley, Matthew; Guzelian, Chris

The legal risk management handbook : an international guide to protect your business from legal loss, Kogan Page Limited 2016. (Whalley – Guzelian)

Wolke, Thomas

Risk Management, De Gruyter Oldenbourg 2017. (Wolke)

Muut

United States sentencing commission 2018

2018 Guidelines Manual. Saatavilla osoitteesta;
<https://www.ussc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual>

OECD – UNODC – World Bank

Anti-Corruption Ethics and Compliance Handbook for Business, 2013. Saatavilla osoitteesta;
<http://www.oecd.org/corruption/Anti-CorruptionEthicsComplianceHandbook.pdf>

OECD

G20/OECD Principles of Corporate Governance. Saatavilla osoitteesta;
https://www.oecd-ilibrary.org/governance/g20-oecd-principles-of-corporate-governance-2015_9789264236882-en

Nasdaq Nordic, osakkeet

<http://www.nasdaqomxnordic.com/osakkeet>

1. Johdanto

1.1. Tutkimuskysymys

Tuottamuksella tarkoitetaan toimijalle asetettavan huolellisuusvaatimuksen laiminlyöntiä; tämä ottaa moitittavan riskin.¹ Toisin sanoen toimija ottaa sellaisen riskin, jota hänen ei olisi tullut tehdä. Kuten Saxén ilmaisee; tuottamus tarkoittaa sitä, että vahingonaiheuttajan olisi tullut toimia toisin kuin hän on lopulta päättänyt toimimaan.² Tuottamusarvioinnissa mitataan sitä, mitä edellytyksiä siviilioikeuden perusteista johdettavat velvoitteet asettavat kunkin toimijan toiminnalle. Tuottamus liittyy siihen, mitä vaatimuksia voidaan asettaa toimijalle esimerkiksi liittyen riskinottoon sekä toimijan tietoisuuteen toimintansa seurauksista ja häneen kohdistuvista odotuksista. Jos toimijan katsotaan tuottamuksellisella menettelyllä aiheuttaneen toiselle vahinkoa, on tämä pääsääntöisesti velvollinen korvaamaan vahingon täysimääräisesti, ellei tapaukseen voida soveltaa vastuusta vapauttavia perusteita.

Yritys voi pyrkiä hallitsemaan sen toimintaan kohdistuvia riskejä monella tavalla. Pyrkimällä lain ja muiden yritystä koskevien normien mukaiseen toimintaan ja tämän pyrkimyksen osoittamiseen yritys voi ehkäistä ja pienentää siihen kohdistuvaa riskiä vahingonkorvauskanteista. Varsinainen compliance-toiminta on Suomessa vielä melko uusi, mutta jatkuvasti kasvava ilmiö. Kansainvälisesti tarkasteltuna compliance on jo vanhempaa perua. Osana riskienhallintaa yritykset ovat pyrkineet ja pyrkivät noudattamaan toimintaansa sääntelevää lainsäädäntöä ja ovat luoneet ns. compliance-ohjelmia. Compliance laajemmin tarkoitettuna voi tarkoittaa sitä, että yrityksen toiminta on yhdenmukaista siihen kohdistuvan oikeudellisen sääntelyn, sidosryhmien asettamien velvoitteiden (kuten sopimusten) ja yrityksen asettamien omien sisäisten eettisten standardien kanssa. Siten compliance ei tyhjene pelkästään oikeudellisesti sitovien normien noudattamiseen.

¹ Ståhlberg – Karhu, s. 84.

² Saxén, s. 8.

Yhdistyneissä kuningaskunnissa yrityksen ollessa syytettynä lahjonnan mahdollistamisesta organisaatiossaan, voi yritys pyrkiä puolustautumaan ja vapautumaan vastuustaan esittämällä, että sillä oli ”adequate procedures in place”, joilla pyrittiin ehkäisemään lahjonta (the UK bribery Act).³ EU:ssa laajemminkin on käyty keskustelua compliance-ohjelman merkityksestä niin julkisoikeudellisia kuin yksityisoikeudellisiakin seurauksia määritettäessä.⁴ Myös Yhdysvalloissa on lainsäädäntöä, jonka katsotaan jopa velvoittavan yritystä perustamaan compliance-toiminnon, jotta se täyttää asetetut vaatimukset.

Tutkielmani päätutkimuskysymyksenä on, voiko edellä kuvaillulla yrityksen compliance-ohjelmalla olla merkitystä siviilioikeudellisessa tuottamusarvioinnissa ja tuottamuksen astetta määritettäessä. Pääkysymykseni jakautuu toisaalta kahteen eri kysymykseen, jotka esittelen alla.

1. Voiko yrityksen compliance-ohjelma toimia tuottamusta lieventävänä perusteena arvioitaessa sen vahingonkorvausvastuuta?
2. Voiko yrityksen compliance-ohjelma toimia tuottamusarviointia kiristävänä seikkana arvioitaessa sen vahingonkorvausvastuuta?

Kuten tutkielmassani tulee ilmi, compliance-ohjelman merkitys tuottamusarvioinnissa saattaisi saada vaikutusta erityisesti tuottamuksen astetta määritettäessä. Tämä liittyy siihen, että olemassa olevan compliance-ohjelman noudattamatta jättäminen voi johtaa siihen, että yrityksen katsotaan toimineen erityisen välinpitämättömästi. Tämä taas voi merkitä sitä, että yrityksen viaksi katsotaan törkeä huolimattomuus. Koska tuottamuksen asteella on merkitystä vahingonkorvausoikeuden lisäksi niin sopimus-, kuin vakuutusoidessakin, toinen tutkimuskysymykseni liittyy tähän vaikutukseen. Toinen tutkimuskysymykseni saa kuitenkin huomattavasti ensimmäistä tutkimuskysymystä vähemmän painoarvoa, johtuen luonnollisesti siitä, että toinen tutkimuskysymys rakentuu pitkälti ensimmäisen tutkimuskysymyksen päälle.

3. Voiko yrityksen compliance-ohjelmalla olla vaikutusta arvioitaessa vahingonkorvauksen kohtuusperusteisen sovittelun edellytyksiä ja voiko sillä

³ Centonze – Forti – Manacorda, s. 505.

⁴ Tästä esim. Havu s. 17 ja van Vormizeele, s. 6–7.

olla vaikutusta yrityksen vastuuvakuutuksesta saatavaan korvaukseen tai vastuunrajoitusehtojen sitovuuteen?

1.2. Metodi, aineisto ja rakenne

Metodilla tutkija voi osoittaa, että hänen tutkimuksessaan esittämät johtopäätökset ja tulokset on saatu käyttämällä tieteellisesti hyväksyttyjä tapoja luoda tiedettä.⁵ Metodi on siis tieteellinen tutkimusmenetelmä. Lainoppi eli oikeusdogmatiikka tutkii voimassaolevaa oikeutta.⁶ Se pyrkii systematisoimaan ja tulkitsemaan normeja, eli selvittämään niiden normien sisältöä, joiden katsotaan olevan osa nimenomaan voimassaolevaa oikeutta. Lainoppi tutkii eri oikeuslähteitä, kuten lakia, lakia koskevia valmisteluasiakirjoja, esimerkiksi hallituksen esityksiä, mutta myös oikeuskäytäntöä. Se pyrkii kertomaan jotain siitä, mikä merkitys näille lähteille tulee antaa. Systematisoivaa tehtäväänsä lainoppi toteuttaa järjestelmällä voimassaolevia oikeusnormeja ja kokoamalla niistä yhdenmukaisen, koherentin oikeusjärjestelmän. Lainoppi ei esitä kannanottoja siitä, mitä lain tulisi olla (*de lege ferenda*) vaan se on *de lege lata* tutkimusta.

Sovellan tutkielmassani lainopillista tutkimusmenetelmää. Pyrin muodostamaan käsityksen siitä, millaisen pohjan suomalainen oikeusjärjestys antaa vastaukseksi tutkimuskysymyksiini. Tutkimuskysymyksiäni ei ole aikaisemmin syvemmin tarkasteltu suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa. Aineistonani käytän lainsäädäntöä, lainvalmisteluasiakirjoja sekä tuomioistuinten ratkaisukäytäntöä. Lisäksi käytän laajasti erityisesti suomalaista vahingonkorvausoikeudellista, mutta myös vakuutus- ja sopimusoikeudellista ja riskienhallintaa käsittelevää kirjallisuutta. Lähteisiini kuuluu myös pohjoismaista kirjallisuutta vahingonkorvausoikeudesta sekä erityisesti common law -oikeuskulttuureiden tuottamaa englanninkielistä kirjallisuutta riskienhallinnasta ja compliance-toiminnasta sekä jonkin verran Yhdysvalloista peräisin olevaa oikeuskäytäntöä. Käyttäessäni vieraista oikeusjärjestyksistä peräisin olevaa

⁵ Hirvonen, s. 5.

⁶ Ibid, s. 21–25.

kirjallisuutta olen pyrkinyt ottamaan huomioon aineiston, jolla on merkitystä Suomen oikeusjärestyksessä vallitsevien periaatteiden ja oppien mukaan sekä ne argumentit, joita voisi olla mahdollista esittää Suomen oikeuden mukaan.

Vahingonkorvausoikeudessa korkeimman oikeuden oikeuskäytäntö on runsasta ja sillä on varsin suuri merkitys.⁷ Myös vakuutus- ja rahoituslautakunnassa käsitellään runsaasti vahingonkorvaukseen liittyviä tapauksia. Olen kuitenkin päätenyt rajaamaan tutkielmani ulkopuolelle lautakunnan oikeuskäytännön. Compliance on yhä melko tuore ilmiö Suomessa ja sen selvittäminen, antaako Suomen oikeusjärjestys mitään perusteita compliance-ohjelman merkitykselle tuottamusarvioinnissa, olisi hankalaa, jos perustaisin tutkimukseni pelkästään varsinaista compliance-ohjelmaa käsittelevän aineiston varaan. Suomessa ei ole oikeuskäytäntöä koskien compliance-ohjelmaa vahingonkorvausoikeudellisessa kontekstissa. Tapauksiin, joissa ulkomainen tuomioistuin olisi arvioinut nimenomaan yrityksen compliance-ohjelman merkitystä vahingonkorvausoikeudellisessa tuottamusarvioinnissa, en myöskään ole törmännyt. Sen sijaan ainakin Yhdysvalloissa on rikosoikeudellista ratkaisukäytäntöä koskien compliance-ohjelmien merkitystä tuottamusarvioinnissa. Myös EU:n oikeuskäytännöstä löytyy ratkaisuja, joissa on pohdittu compliance-ohjelman merkitystä julkisoikeudellisia seuraamuksia määrittäessä.

Oikeuskirjallisuudessa tutkimuskysymyksilleni ei ole annettu paljoakaan palstatilaa. Sama pätee niin suomalaiseen kuin ulkomaiseenkin kirjallisuuteen. Kirjoittajat tyytyvät usein mainitsemaan, että on mahdollista, että compliance-ohjelmalla olisi merkitystä tuottamusarvioinnissa, mutta sen perusteita ei tuoda esiin. Lausahdukset jäävät sivuhuomioiksi ja näkyvät enimmäkseen kilpailuoikeudellisessa kirjallisuudessa sekä yhdysvaltalaisessa kirjallisuudessa, kuten jo edellä viitattiinkin, rikosoikeudellisen pohdinnan sivujuonteena. Vahingonkorvausoikeudelliselle tutkimukselle compliance-ohjelman vaikutuksesta onkin selkeä tarve niin aiheen tuoreuden kuin saaman vähäisen huomionkin vuoksi.

Voidaan kuitenkin tarkastella toimintajärjestelmiä ja ohjeita, joita ei välttämättä ole nimetty complianceksi, mutta joiden tarkoituksena yhtä kaikki on varmistaa yrityksen tai muun toimijan toiminnan lain -ja muun normin mukaisuus, eli asianmukainen eettinen ja

⁷ Hemmo 2002, s. 12.

vastuullinen toiminta. Siten esimerkiksi yritysten sisäinen ohjeistus ja muut varotoimenpiteet ovat silloin se kohde, johon tutkimukseni huomio kohdistuu oikeuskäytäntöä ja oikeuskirjallisuutta peilattaessa. Tutkielmani tarkoituksena ei ole erityisesti selvittää compliance-toimintaa niillä liiketoiminnan aloilla, joilla tämänlainen toiminto on säädetty pakolliseksi, kuten finanssisektorilla. Näihin aloihin liittyvistä lähteistä voi kuitenkin saada arvokasta vertailuainesta ja argumentteja. Mainitusta lähteiden vaihtelevuudesta ja osittaisesta puutteellisuudesta johtuen olen joutunut tekemään yleistyksiä, jotta voitaisi hahmottaa, onko olemassa edes yleisiä vahingonkorvausoikeudellisia suuntaviivoja, joihin compliance-ohjelman merkitys tuottamusarvioinnissa voitaisi perustaa.

Sanakirjassa sanalle compliance annetaan merkitys ”lain, sääntöjen ym. noudattaminen”. Vaikka tämä kertoo jo compliancen tarkoituksesta melko hyvin, ei tämänlaisen käännökseen käyttäminen johtaisi onnistuneeseen tulokseen tutkielman kaltaisessa työssä sanan toistuessakin usein. Koska compliancalle ei ole mielestäni hyvää, pätevää suomenkielistä vastinetta, käytän tätä englanninkielistä termiä tutkielmassani. Suomenkieliseksi vastineeksi joissain lähteissä compliance-ohjelmalle tarjottu käänнос, ”lainnoudattamisohjelma” ei anna oikeaa kuvaa ohjelmasta ja sen tarkoituksesta kokonaisuudessaan. Ruotsinkielinen vastine ”efterlevnandsprogram” onnistuu mielestäni paremmin ilmentämään sitä, mikä merkitys ohjelmalla on. Sanalla yritys viitataan tutkielmassani erityisesti liiketoimintaa harjoittaviin ja taloudellista etua tavoitteleviin oikeushenkilöihin, kuten osakeyhtiöihin ja henkilöyhtiöihin. On luultavasti hyvinkin mahdollista, että tutkielmassa esitettäviä huomioita voitaisi soveltaa osittain myös säätiöiden ja yhdistysten vahingonkorvausvastuuta ja tuotamusta arvioitaessa.

Tutkielmani rakenne etenee seuraavasti. Alussa selvitän compliance-toiminnon asemaa ja merkitystä oikeudellisessa riskienhallinnassa ja riskienhallinnan peruseriaatteita. Esittelen myös yleisesti käytettyä kehikkoa, jonka varaan asianmukainen compliance-ohjelma voidaan rakentaa ja jonka mukaan compliance istutetaan osaksi yrityksen kulttuuria. Compliancen historiaa tarkastelen siinä määrin kuin se on tarpeen tutkimuskysymykseni kannalta sekä niiden tutkimuksellisten ratkaisujen perustelemiseksi, joita olen päättänyt tekemään.

Seuraavaksi siirryn tarkastelemaan, miten compliance-ohjelma istuu vahingonkorvausoikeudelliseen kontekstiin. Compliance-ohjelman voidaan katsoa sopivan yhteen vahingonkorvausoikeuden preventiivisten ja reparatiivisten keinojen ja perimmäisten tavoitteiden,

kuten järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitämisen kanssa. Pohdin myös hieman tutkimuskysymykseni hyödyllisyyttä, eli missä määrin olisi edes kannatettavaa ja tarpeellista kannustaa yrityksiä compliance-toimintaan antamalla sille merkitystä tuottamusarvioinnissa.

Aloitan varsinaisen tutkimuskysymyksen käsittelyn vahingonkorvausvastuun perusteista ja tarkastelen tuottamuskäsitettä. Korostan ja pohdin tarkastelussa juuri niitä piirteitä, jotka ovat olennaisia compliance-ohjelman kannalta. Tuon esiin ja kommentoin sitä, miten compliance-ohjelma voisi näkyä tuottamusarvioinnissa. Koska compliance liittyy nimenomaan yritysmaailmaan, katsoin tarpeelliseksi tarkastella myös oikeushenkilön vahingonkorvausvastuun perusteita. Tulee ilmi, että sillä, millä perusteella oikeushenkilöä esitetään vastuuseen aiheutuneesta vahingosta, saattaisi olla painoarvoa myös arvioitaessa compliance-ohjelman merkitystä tuottamusarvioinnissa.

Seuraavaksi pohdin compliance-ohjelman merkitystä normi- ja riskiperusteisessa tuottamusarvioinnissa. Voi olla, että toimialalla on esimerkiksi muodostunut yleinen hyväksytty käytäntö compliancesta, jolle voitane jossain määrin antaa painoarvoa. Compliance ilmentää riskinoton harkintaa ja varautumista yrityksessä, joten arvioin tätä pohtien sen katsomista niin yrityksen eduksi kuin viaksi. Näissä tarkasteluissa hyödynnän erityisesti kotimaista oikeuskäytäntöä. Merkityksellistä tuottamusarvioinnissa voi olla riskiajattelun lisäksi myös se tietoisuuden taso, jonka yrityksen voidaan ainakin olettaa saavuttavan compliance-ohjelman avulla.

Lähestyn toista tutkimuskysymystäni tarkastelemalla ensin tuottamuksen asteen arviointia sekä sitä, miten compliance-ohjelma voisi ilmentää törkeää huolimattomuutta yrityksen toiminnassa. Koska poikkeaminen vakiintuneesta käytännöstä voi ilmentää piittaamattomuutta toiminnan seurauksia kohtaan, voitaisi yrityksen compliance-ohjeista poikkeaminen yksittäistapauksessa katsoa ilmentävän välinpitämättömyyttä. Ennen kuin käsittelen compliance-ohjelman merkitystä vakuutuksesta saatavan korvauksen sekä vastuunrajoitusehtojen pitävyyden kannalta, esitän myös tiivistetysti yleisiä suuntaviivoja, joita olen esittänyt pohtiessani päätutkimuskysymystäni. Tästä siirryn toisen tutkimuskysymyksen lähempään tarkasteluun ja päätän varsinaisen käsittelyosion siihen, että pohdin compliance-ohjelman mahdollista merkitystä kohtuusperusteisessa sovittelussa. Sovittelun voittaneen luonteen vuoksi sen voidaan katsoa mahdollistavan ohjelman kaltaisten seikkojen huomioimisen arvioinnissa paremmin, kuin varsinaisen tuottamusarvioinnin.

2. Compliance

2.1. Oikeudellinen riskienhallinta ja compliance

Riskit kuuluvat luonnollisesti yrityksen toimintaan; jotta yritys tuottaa voittoa, sen tulee osata ottaa oikeanlaisia riskejä. Tätä varten yrityksen tulee kehittää riskienhallintaa.⁸ Osakeyhtiölain (21.7.2006/624, OYL) 6:2.1 §:n mukaan hallituksen tehtävänä on huolehtia yhtiön hallinnosta ja sen toiminnan asianmukaisesta järjestämisestä. Myös esimerkiksi muiden pohjoismaiden yhtiöoikeuslainsäädännössä asetetaan yhtiön johdolle saman tyyppisiä tehtäviä.⁹ Riskienhallintaa ei kuitenkaan mainita minkään muun Pohjoismaan kuin Tanskan osakeyhtiölainsäädännössä (lov om aktieselskaber, 56 § Stk. 7.), jossa asetetaan noteeratujen yhtiöiden hallituksille velvollisuus seurata yhtiön riskejä.

Oikeudellinen riski voidaan määritellä uhkaksi taloudellisesta menetyksestä tai maineen tahriintumisesta yrityksen toimintaan, kuten prosesseihin ja suhteisiin, soveltuvien säädösten väärinymmärtämisen tai näihin kohdistuvan piittaamattomuuden vuoksi.¹⁰ Riski on satunnainen, yrityksen toimintaan epävarmuutta luova tekijä, joka mahdollisesti vaikeuttaa tavoitteisiin pääsyä.¹¹ Riski ei ole kuitenkaan pelkästään yrityksen toiminnassa negatiivisesti näkyvä tekijä, sillä hallittu riskinotto voi parantaa yrityksen asemaa ja näkyä voittona ja positiivisena tuloksena.¹² Arkipäiväisessä sanankäytössä yhdistämme kuitenkin riskin usein lähes pelkästään toimintaan, josta voi seurata negatiivisia vaikutuksia. Ei esimerkiksi ajatella, että menettelyn riskinä on, että yritys tulee tekemään runsaasti voittoa.

Vahingonkorvausoikeudessa olennaisia riskejä ovat lähtökohtaisesti riskit, joilla voi olla merkitystä arvioitaessa vastuun muodostumista tai syntyneen vastuun suuruutta.¹³ Oikeudellisella vastuulla tarkoitetaan vastuuta, joka realisoituu johtuen siitä, että yritys rikkoo siihen kohdistuvia ja soveltuvia normeja, jotka velvoittavat sitä toimimaan tietyllä tavalla. Vastuuriski on siten uhka siitä, että yritys joutuu kantamaan seuraukset siitä, että yrityksen tulee hyvittää liiketoimintansa piiriin kuuluvan toimijan tai toiminnan aiheuttama vahinko.

⁸ af Schultén, s. 126.

⁹ Esim. Tanskan lov om aktieselskaber (15/06/2006) 54 §, ja Ruotsin aktiebolagslag (2005:551) 8:4 §.

¹⁰ Whalley – Guzelian, s. 3.

¹¹ Lintumaa, s. 392.

¹² Sana ”riski” tuleeikin varhaisen italian sanasta ”risicare” joka tarkoittaa ”uskaltaa”. Wolke, s. 1.

¹³ Virtanen 2011, s. 43.

Vastuuriski voi realisoitua myös siten, että yritys joutuu vastuuseen siitä, ettei yritys ole toiminut sitä koskevien oikeudellisten normien mukaan.¹⁴ Oikeudelliset riskit voidaan karkeasti jakaa oikeudellisten normien noudattamiseen liittyviin riskeihin, sopimuksen ulkoisten velvoitteiden täyttämiseen liittyviin riskeihin (kuten vahingonkorvauskanteisiin), sopimusriskeihin, riskeihin liittyen riitoihin, jotka voivat päätyä oikeudenkäynteihin sekä ei-sopimukseen perustuviin oikeuksiin liittyviin riskeihin (kuten vakiintuneen tavaramerkin rikkomiseen).¹⁵

Oikeudellisella riskienhallinnalla voidaan ehkäistä riskien toteutumista ja yrityksen taloudellisessa tuloksessa ja kilpailukyvyssä näkyvää häviötä.¹⁶ Riskienhallinta on prosessi, joka sisältää riskikartoituksen eli riskien tunnistamisen ja arvioinnin, sekä niiden keinojen kehittämisen, joilla riskiä voidaan hallita ja siten pyrkiä minimoimaan riskit.¹⁷ Riskienhallinnan ei tule olla vain erillinen toiminto yrityksessä, vaan sen tulee olla osa yrityksen kaikenkattavaa toimintakulttuuria, joka rakentuu mm. yrityksen eettisten arvojen, koulutuksen ja raportoinnin sekä sellaisen ohjelman varaan, jolla varmistetaan toimintaohjeiden noudattaminen.¹⁸ Oikeudellisia riskienhallintakeinoja on useita erilaisia ja ne määräytyvät kulloisenkin riskin, yrityksen ja sen toimintaympäristön sekä muiden olosuhteiden mukaan.

Sopimusriskejä on muun muassa se, että sopimuksen täyttämisessä on virhe tai viivästys ja se, että sopijapuolelle tai kolmannelle osapuolelle aiheutuu vahinko, joka johtuu sopimuksen kohteesta.¹⁹ Sopimusriskien hallinnassa tärkeimpiä keinoja ovat vastuunrajoitusehdot.²⁰ Vastuunrajoitusehdoilla tarkoitetaan ehtoja, joilla pyritään rajoittamaan ja poistamaan yrityksen vastuuta esimerkiksi rajaamalla korvausvastuun määrää tai tiettyjä tapahtumia pois sopijapuolen vastuualueelta. Vastuuvakuutuksella yritys suojautuu mahdollisen vahingonkorvausvelvollisuuden varalta, eli sillä voidaan suojautua sopimukseen perustuvien tai sopimuksen ulkoisten velvoitteiden täyttämiseen liittyviin riskeihin; vastuuvakuu-

¹⁴ Lintumaa, s. 394.

¹⁵ Whalley – Guzelian, s. 24.

¹⁶ Ibid, s. 3.

¹⁷ Berg, s. 79.

¹⁸ af Schultén, s. 130.

¹⁹ Nygren, s. 218.

²⁰ Hemmo 2004 a, s. 23–24.

tuksella voidaan jakaa ja tasata riskiä muuttamalla kertaluontoisesti maksettava vahingonkorvaus tasaisin väliajoin maksettavaksi vakuutusmaksuksi.²¹ Riski tavallaan siirretään toisen tahon kannettavaksi, vaikka ”riski” vakuutusmaksun maksamisesta pysyykin.

Riskienhallinnalla voidaan pyrkiä sekä ehkäisemään riskien realisoitumista että pienentämään korvausvastuuta.²² Compliance-ohjelma on vakiintunut osaksi oikeudellista riskienhallintaa. Compliance-ohjelmalla tarkoitetaan eräänlaista lainnoudattamisohjelmaa, jolla yritys pyrkii varmistamaan, että kaikki yrityksen puolesta toimivat tietävät, minkä sääntöjen mukaan heidän tulee toimia ja se varmistaa siten toiminnan lainmukaisuuden.²³ Ohjelman tarkoituksena voidaan pitää sekä riskien ehkäisyä että korvausvastuun vähentämistä. Ohjelma voidaan laatia monenlaisten riskien varalta, esimerkiksi kilpailuoikeuteen liittyvän määräävän markkina-aseman kontrollointiin, arvopaperimarkkinalainsäädäntöön, tuotevastuuseen tai lahjontaan liittyvien velvoitteiden varalta. Compliance-ohjelma ilmentää kokonaisvaltaista näkemystä riskientarkastelusta, sillä ohjelman avulla yritys pyrkii analysoimaan toimintansa riskit ja arvioimaan, miten se voi pienentää riskejä etukäteen.²⁴

Compliance-ohjelma linkittyy usein ja luontevasti myös yhtiön hallinnon järjestämiseen, corporate governanceen (esim. OYL 6:2.1 § ja 1:8 §). Compliance-toimintaan linkittyy myös erilaiset yrityksen good governance ja code of conduct –ohjeet ja suositukset. Compliance ei siten pelkisty pelkästään säädöstasolle jäävien sääntöjen noudattamiseen. Siihen liittyy myös tavoite siitä, että yrityksen toiminta on eettisesti hyväksyttävää.²⁵ Compliance-ohjelmalla voidaan vahvistaa yrityksen eettistä toimintaa. Eettisesti toimivilla yrityksillä taas voi ainakin pidemmällä tähtäimellä olla positiivisempi ja parempi tulos kuin niillä yrityksillä, joissa eettisyyttä ei oteta huomioon toiminnassa.²⁶ Eettisyys kannattaa siis taloudellisestakin näkökulmasta.

Yrityksen on tärkeää seurata lainsäädäntöä ja pysyä yhä nopeammin muuttuvan sääntelyn perässä. Yritysten toimintaympäristön kansainvälistyminen asettaa haasteita sääntelyn noudattamiselle. Varsinkin isompien yritysten liiketoiminnassa toiminnan lainmukaisuuden

²¹ Strömberg, s. 417.

²² Virtanen 2011, s. 56.

²³ Biegelman – Biegelman, s. 2.

²⁴ Virtanen 2011, s. 57.

²⁵ Biegelman – Biegelman, s. 3–5 ja Pitt – Groskaufmanis s. 1598–1600.

²⁶ Biegelman – Biegelman s. 13.

kontrollointi saa ison merkityksen.²⁷ Compiancella ehkäistään sekä yrityksen syylistymistä moitittavaan menettelyyn, mutta myös edesautetaan sitä, että yritys voisi pyrkiä osoittamaan, että se on tehnyt kaikkensa ehkäistäkseen siihen kohdistuvien vaatimusten rikkomisen.²⁸ Siten ohjelman avulla voidaan pyrkiä kontrolloimaan yritystä kohtaan asetettuja sanktioita, kuten rangaistuksia ja vahingonkorvauskanteita. Tämä kuitenkin edellyttää vaikuttavaa, asiamukaista compliance-ohjelmaa, eikä koko organisaation ylhäältä alas lävistävän compliance-kulttuurin luominen käy välttämättä nopeasti.

2.2. Lyhyt katsaus compliancen historiaan: EU ja Yhdysvallat

Compliance on tietyllä tapaa aina liittynyt toiminnan harjoittamiseen liiketoiminnan muodossa. Yritykset ovat kehittäneet menetelmiä, joilla välttää toimintansa mahdollisesta laittomuudesta aiheutuvat seuraukset.²⁹ 1900-luvun puolivälistä alkaen, johtuen sääntelyn lisääntymisestä, osa yrityksistä huomasi tarvitsevänsä uusia tapoja, joilla varmistaa toimintansa lainmukaisuus. Compliancen historian on todettu alkaneen 1960-luvun kartelliskandaaleista Yhdysvalloissa ja levinneen tästä eri liiketoiminnan ja oikeuden aloille.³⁰ Compliance onkin saanut alkunsa nimenomaan liittyen rikosoikeudellisten seuraamusten ehkäisemiseksi perustettuihin toimintoihin. Modernin compliance-toiminnan voitaneen siis sanoa saaneen alkunsa Yhdysvalloista.

Nykyäänkin compliance-toiminnalla on vahva perusta Yhdysvalloissa, erityisesti liittyen rikosoikeudellisiin seurauksiin moitittavasta toiminnasta. Yhdysvaltojen Sentencing Commission mainitsee rangaistusten antamista koskeissa ohjeissaan (Sentencing Guidelines) compliance-ohjelman useassa kohtaa. Lähtökohtana on, että tehokas compliance-ohjelma otetaan huomioon organisaation rangaistusta lieventävänä perusteena.³¹ Vuonna 2002

²⁷ af Schultén, s. 130.

²⁸ esim. Virtanen 2003, s. 493.

²⁹ Biegelman – Biegelman, s. 49–50.

³⁰ Pitt – Groskaufmanis, s. 1578.

³¹ 2018 Guidelines Manual, esim. s. 529. Culpability Score; yrityksen tuottamusta mittaavista pisteistä tulee vähentää 3 pistettä, jos yrityksellä on tehokas compliance ohjelma.

voimaan tulleen Sarbanes-Oxley Act of 2002 (Public Law 107-204 – July 30, 2002), joka säätelee yritysten hyvää hallintoa, katsotaan asettavan yritysten hallituksille velvollisuuden perustaa compliance-ohjelma. Lakia sovelletaan muun muassa julkisiin yhtiöihin.

Myös EU:ssa compliance on liittynyt erityisesti siihen, että yritys on pyrkinyt ohjelmallaan osoittamaan, ettei yritykselle asetettaisi niin suuria seuraamussakkoja kuin jos ohjelmaa ei olisi. Keskustelua on käyty siitä, toimiiko asianmukainen ohjelma lieventävänä vai raskauttava seikkana harkinnassa.³² EU:n oikeuskäytännössä tapaukset liittyvät kilpailuoikeudelliseen compliance-ohjelmaan. Komissio alensi Napier Brown -tapauksessa British Sugarille määrättävää sakkoa ottaen huomioon esimerkiksi sen, että yhtiö oli ottanut käyttöön compliance-ohjelman kilpailunrajoitusten paljastuttua (komission päätös 18.7.1988 (88/518/ETY)). Lisäksi compliance-ohjelman merkitystä käsiteltiin esimerkiksi komission päätöksessä koskien kaukolämmitysputkien kartellia, johon ABB oli osallistunut (komission päätös 21.10.1998 (1999/60/EY)). Komissio arvioi ABB:n esitystä siitä, että ABB:n compliance-ohjelman tulisi puoltaa yhtiölle määrättävää pienempää sakkoa. Komissio totesi, ettei ohjelmaa noudatettu yhtiön ylimmässä johdossa, kun johto jatkoi kartellitoimintaansa komission aloitettua tutkintansa, joten ohjelmalla ei ollut vaikutusta sakon määrään.

Tapauksessa British Sugar (komission päätös 14.10.1998 (1999/210/EY)) komissio otti sakkoa määritessään raskauttavana tekijänä huomioon sen, ettei yhtiö tosiasiaissa ollut sitoutunut compliance-ohjelmansa noudattamiseen. Tapauksessa PO/Elevators and Escalators (komission päätös 21.2.2007 (asia COMP/E-1/38.823)) Schindler Holding esitti puolustuksessaan, että emoyhtiön vastuuta arvioitaessa tulisi ottaa huomioon yhtiön kartellia koskeva compliance-ohjelma, joka todistaa, ettei emoyhtiö antanut rikkomiseen liittyviä ohjeita, vaan on päinvastoin pyrkinyt tekemään kaikkensa ehkäistäkseen lainvastaisen toiminnan, erityisesti kilpailusäännösten rikkomisen. Komissio kuitenkin kieltäytyi ottamasta compliance-ohjelmaa huomioon ja totesi kyllä ”toivottavansa tervetulleeksi” kaikki organisaatioiden tavat välttää rikkomisia, mutta että mitkään keinot eivät muuta sitä, että rikkomisilta ei silti ole välttytty. Lisäksi komissio argumentoi, että pelkkä compliance-ohjelman olemassaolo ei riittänyt muuttamaan sitä oletusta, että tytäryhtiö on toiminut emoyhtiön määrittelemällä tavalla.

³² Tästä keskustelusta mm. Havu, s. 17.

Samana kartelliasiaa koskevassa EU-tuomioistuimen ratkaisussa Schindler (C-501/11) tuomioistuin yhtyi komission kantaan siitä, että ”sääntöjen noudattamista koskevan ohjelman huomioon ottamisen osalta komissio katsoo, että sopivin hyvitys tällaisesta ohjelmasta on se, ettei kilpailunvastaisia menettelyjä esiinny, muttei sen sijaan kartelliin osallistumisesta määrätyn sakon alentaminen silloin, kun kartelli on kuitenkin ollut olemassa.” Tuomioistuin myös totesi, että kun ohjelmalla ei selvästikään ole ollut myönteistä vaikutusta, vaan se on vain tehnyt rikkomisten paljastamisen entistä vaikeammaksi, ei ohjelmaa tule ottaa huomioon arvioinnissa. EU-oikeuskäytännön perusteella vastuussa kilpailuoikeudellisten sääntöjen rikkomisesta ja siitä seuraavien sakkojen määräämisessä ei compliance-ohjelmaa voitaisi ottaa huomioon ainakaan lieventävänä seikkana.³³

EU:ssa ei ole oikeuskäytäntöä siitä, millainen merkitys compliance-ohjelmalla voisi olla yksityisoikeudellisessa täytäntöönpanossa. Koska Yhdysvalloissa on jonkin verran käytäntöä compliance-ohjelman merkityksestä rikosoikeudellisessa täytäntöönpanossa, näkyy se jonkin verran myös tutkielmassani.

2.3. Compliance eri oikeudenaloilla

Kävin 7.6.2019 silmäillen läpi Helsingin pörssin suurten yritysten listalla olevien kymmenen ensimmäisen yrityksen sivut selvittääkseni, millaista compliance-toimintaa näillä yrityksillä on.³⁴ Kaikki yhtiöt tuovat esille lakien ja määräysten noudattamisen tärkeyden. Yhtiöiden internetissä saatavilla olevat complianceen liittyvät ohjeet, kuten code of conduct -dokumentit sisältävät ohjeita liittyen työsuojeluun, ihmisoikeuksiin, kilpailuoikeuteen, ympäristöoikeuteen, arvopaperimarkkinasääntelyyn, markkinointiin, lahjontaan, petosten torjuntaan, tietosuojaan, tuoteturvallisuuteen, rahanpesuun, verotukseen ja yhtiön varojen käsittelyyn. Jo tästä nopeasta läpileikkauksesta saa kuvan siitä, kuinka monenlaisia compliance-ohjeita yrityksillä voi olla ja kuinka monien erilaisten vahinkojen aiheutumisen kanalta ohjeet saattavat olla merkityksellisiä.

³³ Tästä esim. Jones – Sufrin, s. 1114–1115.

³⁴ Kymmenen ensimmäistä yritystä osakkeen myyntihinnan mukaan lajiteltuna. Yhtiöitä olivat KONE Oyj, Kesko Oyj, Elisa Oyj, Amer Sports Oyj, Sampo Oyj, Huhtamäki Oyj, Konecranes Oyj, Orion Oyj, Neste Oyj ja Cargotec Oyj. Nasdaq Nordic, osakkeet, vierailtu 7.6. klo 12:30.

Vaikka useissa code of conduct –ohjeissa toistuivat samat asiat, ovat painotukset erilaisia, kuten tulee ollakin. Kuten aikaisemmin on tullut esille, riskienhallintaan ja siten compliance-ohjelman laatimiseen kuuluu oleellisesti riskikartoitus, jossa tulee nimenomaan painottaa yrityksen liiketoimintaan liittyviä keskeisimpiä riskejä. On itsestään selvää, että yrityksen tulee painottaa niiden riskien ennaltaehkäisemistä, jotka liittyvät läheisimmin sen keskeiseen liiketoimintaan, tai joihin liittyy historiallisesti esimerkiksi suurin riski vaarasta syylistyä moitittavaan menettelyyn.

Compliance-toiminta ei välttämättä tarkoita, että yrityksellä olisi nimenomaan compliance-ohjelmaksi nimetty dokumentti, jota sovelletaan käytännössä. Complianceen liittyväksi voitaneen liittää kaikenlaiset sisäiset ohjeistukset ja prosessit, joilla pyritään samaan tavoitteeseen kuin varsinaisella ohjelmallakin, sääntöjenmukaiseen toimintaan. Code of conduct –ohjeet ovat vain yksi pieni osa yrityksen kaiken kattavaa compliance-ohjelmaa, jonka tulisi kattaa yrityksen koko toiminta ja tuottaa dokumentteja ja toimintoja erilaisiin tarpeisiin, kuten prosessiohjeita ja esimerkiksi vaikuttava ilmoituskanava havaittuja väärinkäytöksiä varten. Compliance-toiminta onkin kokonaisvaltaista ja yrityksessä yleisesti edellytettävää käyttäytymistä. Riippuen tosin yrityksen compliance-toiminnan laajuudesta ja syvyydestä voivat compliance-ohjeetkin olla hyvin yksityis- ja tilannekohtaisia. Tällöin yhteys tuottamusarviointiin voinee olla helpommin perustettavissa yksittäistapauksessa, jos selkeät ja tarkat toisintoimimisohjeet esimerkiksi työntekijälle olisivat olleet noudatettavissa.

2.4. Tehokas compliance-ohjelma

Mikä sitten olisi asianmukainen ja tehokas compliance-ohjelma?³⁵ Voiko millä tahansa paperille kirjoitetulla prosessikuvauksella ja ohjeistuksella olla merkitystä yrityksen, erityisesti sen vahingonkorvausvastuun, kannalta. On esitetty, että yrityksen tulisi mieluummin jättää

³⁵ Esim. 2018 Guidelines Manual, s. 519–520. Arvioidessaan sitä, onko yrityksellä ollut tehokas compliance-ohjelma, tulee tuomioistuimen Yhdysvalloissa ottaa huomioon soveltuva alan käytäntö tai jonkin hallinnollisen sääntelyn mahdollisesti asettamat vaatimukset, yrityksen koko ja se, onko moitittava menettely, joka katsotaan yrityksen viaksi, toistunut aikaisemmin. Vaikka ohjeet ovat common law –maasta ja rikosoikeudelliseen täytäntöönpanoon liittyviä, eivät nämä perusteet vaikuta täysin vierailta ja sellaisilta, mitä ei voitaisi mahdollisesti ottaa huomioon suomalaisessa vahingonkorvausoikeudessa arvioitaessa compliance-ohjelman merkitystä tuottamusarvioinnissa. Päinvastoin, näitä samoja ajatuksia käsitellään myöhemmin tarkemmin erityisesti riskiperusteisen tuottamusarvioinnin yhteydessä.

compliance-ohjelma laatimatta, kuin luoda kelpoton ohjelma tai ohjelma, jota ei noudateta.³⁶ Virtanen on edellyttänyt, että compliance-ohjelmille tulee asettaa korkeat vaatimukset, jotta niillä voisi olla vaikutusta yrityksen korvausvastuun vähentämisessä.³⁷ Lisäksi ohjelmaa tulisi soveltaa koko organisaation laajuisesti, mikä tulisi ottaa huomioon konserneissa. Siten ohjelmalle tulee asettaa joitain vaatimuksia, jotta sillä voisi olla painoarvoa tuottamusharkinnassa.

Yrityksen tulee siis todella sitoutua compliance-toimintoon, jotta se toimii tarkoituksensa mukaisesti ja siitä on hyötyä. Tehokas ohjelma vaatii, sekä sitä, että yritys toimii ohjelmansa mukaisesti, mutta myös sitä, että yrityksen toiminnan ”compliance” näkyy yrityksessä valitsevassa ajattelutavassa, sen kulttuurissa. Tässä yhtiön johdolla on ensisijainen merkitys, ensinnäkin sen vuoksi, että päätös compliance-toiminnon ja ohjeiden muodostamisesta ja vahvistamisesta tehdään organisaation ylätasolla. Lisäksi jos yrityksen johto on sitoutunut lain ja muiden sääntöjen mukaiseen toimintaan ja myös kannustaa muita yrityksen toimijoita kuten työntekijöitä tähän esimerkillään, vaikuttaa se myös heidän alaistensa toimintaan. Myös sidosryhmien ja työntekijöiden sitoutuminen yrityksen politiikkoihin ja eettisiin ohjeisiin on avainasemassa ohjelman toteuttamisen onnistumisessa.³⁸ Jos nämä noudattavat yhtiön ohjeita, on luonnollisesti epätodennäköisempää, että yhtiö rikkoisi siihen kohdistuvia velvoitteita.

Tehokas ja pätevä compliance-ohjelma rakentuu useista eri osista. Tässä jaksossa on lyhyt esitys niistä ”palikoista” jotka usein toistuvat esityksissä asiaankuuluvan ohjelman rakentamisesta.³⁹ Kun yritys lähtee laatimaan compliance-ohjelmaa, sen tulee laatia ohjeet, käytännöt ja prosessit, jotka ilmentävät yrityksen sisäisiä eettisiä periaatteita ja yrityksen toimintaan kohdistuvaa lainsäädäntöä ja muuta sääntelyä. Kuten edellä mainittiin, yrityksen johdon esimerkki on avain siihen, että oikeintoimimisen kulttuuri leviää organisaatioon. Näihin ohjeisiin ja yrityksen toimintaympäristöön liittyen yrityksen tulee kartoittaa ja analysoida riskit. Kun riskit on identifioitu ja ohjeet luotu, tulee nämä tehokkaasti kommuni-

³⁶ Esim. Biegelman – Biegelman s. 3 ja af Schultén s. 133. Myös EU-kommission *British Sugar* päätös (komission päätös 14.10.1998 (1999/210/EY)).

³⁷ Virtanen 2011, s. 56.

³⁸ Centonze – Forti – Manacorda, s. 285.

³⁹ Ks. esim. Biegelman – Biegelman s. 166–170; OECD Anti-Corruption ethics and Compliance Handbook for Business, s. 16–76; Virtanen 2003, s. 493; Sihvonen – Uusi-Hautamaa s. 158–167.; van Vormizeele s. 4–6.

koida niin työntekijöille kuin sidosryhmillekin. OECD toteaa hyvää hallintoa koskevissa periaatteissaan, että jotta compliance-ohjelma olisi tehokas, tulee sen ulottua niin yhtiön tytäryhteisöihin ja kun mahdollista, myös kolmansiin osapuoliin, kuten konsultteihin, edustajiin, jakelijoihin ja alihankkijoihin.⁴⁰ Näille ryhmille tulee alkuun järjestää koulutusta ja ker-
ran saatua tietoa tulee päivittää mahdollisesti myöhemmin järjestettävillä kertauksilla tai uusilla opeilla ja ohjeilla. Jotta yrityksen käytännöillä voisi olla merkitystä, tulee niiden vastata yleistä tietoisuutta ja kehitystä ja vaikuttaa perustelluilta.

On tärkeää, ettei compliancea unohdeta yrityksen sisäisille sivuille tai hyllyyn kansioihin, vaan että siitä kommunikoidaan jatkuvasti ja pidetään siten tämä yrityksen sidosryhmien ja työntekijöiden mielessä. Compliance ei saa jäädä irralliseksi prosessiksi. Yrityksen tulee luoda keinot, joilla mahdolliset väärinkäytökset paljastetaan ja keinot, joilla niihin vastataan.⁴¹ OECD:n hyvää hallintoa koskevissa periaatteissa myös painotetaan, että yhtiön tulee varmistaa, että ohjelman noudattamisesta myös palkitaan.⁴² Tällä luodaan kannustimia oikeanlaiseen käyttäytymiseen. Jos yritys ei reagoi havaittuihin epäkohtiin, voi se myöhemmin toiminnan johdettua vahingonkorvauskanteeseen toimia osoituksena siitä, ettei todellista halua sitoutua ohjelmaan ja normeihin ole edes aidosti ollut ja osoittaa välinpitämättömyyttä vahingon aiheutumista kohtaan. Tämä ainakin vähentää ohjelman merkitystä yrityksen yrittäessä puolustautuessa kannetta vastaan. Laiminlyönti compliance-ohjelman toteuttamisessa saattaa myös osoittaa, että yrityksen johto on laiminlyönyt huolellisuusvelvoitteensa.

Ohjelman toimintaa tulee seurata säännöllisellä valvonnalla ja tarkastuksella. Tärkeänä pohjana compliance-toiminnalle on, että toimintoa valvova ja tarkastava taho on riippuma-

⁴⁰ G20/OECD Principles of Corporate Governance, s. 50.

⁴¹ EU-komissio on 23.4.2018 esittänyt direktiiviä koskien suojelua, joka yritysten tulee tarjota niille, jotka raportoivat yrityksen EU-oikeuden rikkomuksista. Kaikkien yritysten, joilla on yli 50 työntekijää, tai joiden vuosittainen liikevaihto on yli 10 miljoonaa, tulee perustaa sisäinen ilmoituskanava, jota kautta väärinkäytöksistä tulee ilmoittaa. Ehdotus direktiiviksi unionin oikeuden rikkomisesta ilmoittavien henkilöiden suojelusta COM(2018) 218 final.

⁴² G20/OECD Principles of Corporate Governance, s. 50.

ton yrityksen liiketoiminnan muista osa-aloista, jotta vältetään mahdolliset ristiriidat toimintojen tavoitteiden välillä.⁴³ Yrityksen voisi olla hyvä ainakin harkita compliance-toiminnosta vastaavan niin kutsutun Compliance Officerin nimittämistä.⁴⁴ Compliance Officer neuvoo yrityksen työntekijöitä ja selvittää sekä tarkastaa compliance-toimintaa.

⁴³ Biegelman – Biegelman, s. 181.

⁴⁴ Sihvonen – Uusi-Hautamaa, s. 162.

3. Tuottamusarviointi

3.1. Vahingonkorvaus

3.1.1. Vahingonkorvauksen ja compliance-ohjelman tavoitteet

Vahingonkorvausoikeudella on perinteisesti ajateltu olevan kaksi päätavoitetta, vahinkojen ennaltaehkäiseminen (preventio) ja vahingonkärtsijää hyvittävä ja vahingon korjaava vaikutus (reparaatio).⁴⁵ Vahingonkorvausoikeuden tarkoituksena on ehkäistä vahinkoja; henkilö voi pyrkiä välttämään vahinkojen aiheuttamista, jotta ei joudu sääntöjen mukaisesti korvaamaan aiheuttamaansa vahinkoa. Myös yleinen paheksunta vahingon aiheuttavaa toimintaa tai toimintatapaa kohtaan toimii vahinkoja ehkäisevänä tekijänä. Mahdollisuus siitä, että toiminnasta seuraa vahingonkorvausvastuu heijastaa sitä, mitä yhteiskunnassa pidetään moitittavana ja ohjaa toimijoita noudattamaan tarpeellista varovaisuutta toiminnassa, joka voi aiheuttaa vaaraa muille yksilöille.⁴⁶ Vahingonkorvauksen tavoitteena on asettaa vahingonkärtsijä siihen taloudelliseen asemaan, jossa hän olisi ollut, jos vahinkoa ei olisi aiheutunut, toisin sanoen hyvittää vahinkoa kärsineelle aiheutunut menetys.⁴⁷ Tämä vahingonkorvauksen reparatiivinen tavoite tulee ilmi erityisesti tarkasteltaessa henkilövahinkojen korvaamiseen liittyviä korvausjärjestelmiä, kuten sairausvakuutuslain (21.12.2004/1224) tai työtapaturma- ja ammattitautilain (24.4.2015/459) tarjoamia korvausteitä.⁴⁸ Ståhlberg ja Karhu esittävät kuitenkin, ettei preventiota ja reparaatiota tule pitää vahingonkorvausoikeuden päätavoitteina ja itseisarvoina, vaan enemmänkin keinoina varsinaisten tavoitteiden saavuttamiseksi.⁴⁹ Näillä keinoja käytetään välineinä, joilla pyritään lopulta lisäämään järjestystä ja turvallisuuden tunnetta yhteiskunnassa.

Kun compliance-ohjelmat liittyvät vahvasti yritysmaailmaan, on luonnollista, ettei niiden itseisarvona ja tavoitteena nähdä olevan jokin ylevä ja moraalinen tavoite, kuten ”turvalli-

⁴⁵ Ståhlberg – Karhu, s. 7–8.

⁴⁶ Kivimäki – Ylöstalo, s. 453.

⁴⁷ Hellner – Radetzki, s. 25. Tähän liittyy yksi vahingonkorvausoikeuden vaikeista tilanteista; miten muodostaa se toinen, kuvitteellinen ja vaihtoehtoinen tapahtumienkulku, kun tiedossa ei kuitenkaan ole sitä, miten tapahtumat olisivat edenneet, jos vahinkoa ei olisi aiheutunut. Tästä esim. Ståhlberg – Karhu, s. 9.

⁴⁸ Hemmo 2002, s. 1.

⁴⁹ Ståhlberg – Karhu, s. 8.

suuden tunteen lisäämisestä yhteiskunnassa”. Tehokkaalla ohjelmalla yritys pyrkii ennaltaehkäisemään vahinkojen synnyn ja vain saavuttamaan pääasiallisen tavoitteensa, eli voiton tuottamisen osakkeenomistajilleen. Jos vahinko aiheutetaan tuottamuksellisesti, joutuu yritys varaamaan varoja hyvityksen maksamiseen vahingonkäräjälle.⁵⁰ Compliance-ohjelmalla yritys pyrkii näyttämään, ettei korvausvastuun perusteena olevaa tuottamusta ole, tai että se olisi yrityksen osalta mahdollisimman lievää ja siten ehkäisemään sen, että korvauksen maksaminen jäisi lopulta yrityksen itsensä kannettavaksi. Tällöin compliance-ohjelman tavoitteet linkittyvät siis ensisijaisesti vahingonkorvausoikeuden preventiiviseen tavoitteeseen.⁵¹ Tämä näkökanta vahvistune, kun verrataan ohjelman tavoitteita toisen riskienhallintakeinon, vastuuvakuutuksen tavoitteisiin. Vastuuvakuutuksilla yritys pyrkii varautumaan maksuvelvollisuuteen yrityksen aiheuttaman vahingon varalta.⁵² Vastuuvakuutuksilla yritys ei sinänsä pyri ennaltaehkäisemään vahinkoa, vaan varautumaan nimenomaan vahingonkorvausvelvollisuuteen liittyvän hyvitysvastuun varalta ja siirtämään kustannukset vakuutusenantajan kannettavaksi.⁵³

Compliance-ohjelmat liittyvät vahingonkorvauksen preventiiviseen tavoitteeseen myös siten, että niillä pyritään takamaan yrityksen toiminta yhteisesti ja yleisesti hyväksyttävällä tavalla ja ehkäisemään moitittava, toisin sanoen mahdollisesti tuottamuksellinen vaaraa aiheuttava toiminta.⁵⁴ Compliance-ohjeet myös heijastavat ajastusta siitä, mitä pidetään organisaatiossa moitittavana toimintana. Toimiminen vastoin lakia ja sidosryhmien asettamia ehtoja vastaan on yleisesti yhteiskunnassamme tuomittavaa, jolloin vastuun pääperusteena olevat tahallisuus ja tuottamus nousevat keskiöön. Siten voitane nähdä, että compliance-ohjelman tavoitteet ovat yhdensuuntaisia vahingonkorvausoikeuden päätavoitteiden kanssa ja compliance-ohjelma lähtökohtaisesti lomittuu sulavasti vahingonkorvausoikeudelliseen kehykseen.

Lisäksi kun katsotaan compliance-ohjelman merkitystä tuottamusarvioinnissa vahinkoa kärsivän näkökulmasta, tulee esille ja vahvistuu myös ohjelman reparatiivinen ja hyvitykseen liittyvä tavoite. Reparatiiviseen tavoitteeseen liittyy vahvasti kustannusten jakaminen

⁵⁰ Virtanen 2003, s. 493.

⁵¹ Tästä piirteestä myös van Vormizeele, s. 7.

⁵² af Hällström – Ijäs, s. 87.

⁵³ Könkkölä, s. 454.

⁵⁴ Ks. esim. Ståhlberg – Karhu, s. 8.

vahinkoa kärsineen ja vahingonaiheuttajan välillä.⁵⁵ Vahingosta aiheutuneet kustannukset lankeavat sen osapuolen kannettavaksi, joka on syyllinen vahinkoon johtaneeseen toimintaan tai laiminlyöntiin. Tämä liittyy etenkin järjestyksen ylläpitämiseen yhteiskunnassa; lie-nee melko yleistä ajatella, että on moraalisesti oikein joutua kestämaan tekojensa seuraukset. Jos compliance-ohjelmalle annetaan merkitystä tuottamusarvioinnissa, se saa laajemmin ajateltuna merkitystä siinä, kenen katsotaan olevan oikeudenmukaista kantaa toiminnasta aiheutuneet mahdolliset vahingot. Vahingonkärsijä voisi ohjelman avulla pyrkiä vaikuttamaan korvauksen saamiseen vahingonaiheuttajalta.

Vaikka on mielenkiintoista ja kenties asioiden merkityksen ymmärtämisen kannalta hyödyllistä pohtia vahingonkorvauksen ja compliancen tavoitteita, ei sillä kuitenkaan saavuteta korvausvastuun arvioinnin kannalta merkityksellisiä tuloksia. Sillä, onko prevention vai reparaation merkitys vahingonkorvausoikeudessa tai compliance-ohjelman seurauksena kenties tärkeämpi tai vahvempi, ei ole sinänsä merkitystä, kun nämä molemmat tähtäävät samaan päätavoitteeseen, yhteiskunnallisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitoon.⁵⁶

On kuitenkin hedelmällistä pohtia sitä, missä määrin on suotavaa kannustaa yrityksiä luomaan compliance-ohjelmia. Vahingonkorvausvastuun arviointi voisi vaikeutua entisestään, kun tulisi määritellä, millainen on se ohjelma, jolle merkitystä voitaisi antaa. Jos kannustetaan compliance-toiminnon perustamiseen antamalla niille oikeuskäytännössä, tai jopa kirjoitetussa laissa, vastuun poistava tai sitä rajoittava merkitys, voidaan joutua arvioimaan sitä, mikä on tarpeeksi tehokas tai laadukas compliance-ohjelma. Jos yrityksellä ei ole aikomustakaan noudattaa sinänsä tehokasta ja hyvin laadittua ohjelmaa, mikä merkitys sille tulisi antaa? Miksi palkita compliance-ohjelmasta, joka selvästikään ei ole edes toiminut? Toisaalta se, ettei riskienhallinta ole kyseisessä tapauksessa onnistunut ei vielä sano sitä, etteivät varotoimenpiteet muiden potentiaalisten vahinkojen osalta olisi riittäviä. Tuottamusarvioinnissa tulee kuitenkin ottaa huomioon myös yksittäisen tapauksen olosuhteet. Voidaan lisäksi myös sanoa, että vahingonkorvausoikeuden reparaatiovaikutus jäisi yksittäistapauksessa välittymättä, jos vahingonkärsijä jäisi ilman korvausta sillä perusteella, että yritys on kaikin puolin pyrkinyt toimimaan tähän kohdistuvan huolellisuusveloitteen mukaisesti ja siten sen toiminnalle asetettavan huolellisuuden mittapuun mukaan.

⁵⁵ Hellner – Radetzki, s. 40–41 ja Kivimäki – Ylöstalo, s. 453.

⁵⁶ Ks. esim. Ståhlberg – Karhu, s. 8.

Toisaalta voidaan myös kysyä, missä määrin on kannattavaa viedä pois tai jättää luomatta kannustin perustaa compliance-ohjelmia siten, että myös varsin laadukas ohjelma voitaisi katsoa jopa yrityksen vahingoksi arvioitaessa vahingonkorvausvastuuta. Miksi ei tulisi palkita yritystä, joka on selvästi tehnyt kaikkensa toimiakseen tähän asetettujen velvoitteiden ja odotusten täyttämiseksi, mutta jonka toiminta silti joistain syystä yksittäistapauksessa aiheuttaa vahinkoa jollekin toiselle osapuolelle? Kannustimen hyödyntämättä jättämisen voisi katsoa olevan ainakin vahingonkorvausoikeuteen liitettävään preventiovaikutuksen vastaista; jos yrityksiä kannustettaisiin perustamaan tehokkaita compliance-toimintoja, se mahdollisesti myös ehkäisisi yritysten aiheuttamien vahinkojen määrää ja ohjaisi yrityksiä toimimaan yhteiskunnallisesti hyväksyttävällä tavalla. Samalla se voimistaisi kuvaa siitä, mikä on yhteiskunnassa ja liiketoiminnassa hyväksyttävää käytöstä. Tällöin asianmukainen toiminta markkinoilla lisääntyisi ja hyödyt tästä ohjautuisivat lopulta koko yhteiskunnalle eivätkä vain markkinoilla toimiville yrityksille. Vastaavasti antamalla compliance-ohjelmalla tuottamusarviointia kiristävä vaikutus, ei kannusteta yrityksiä kehittämään tietoisuuttaan ja osaamistaan, minkä voikin esittää vasta-argumenttina compliance-ohjelman käyttämiseen vastuun tiukennuksen perusteena.⁵⁷

Mitä mahdollisesti saataisi aikaan vahvistamalla yrityksen compliance-ohjelman merkitys vastuusta vapauttavana perusteena? Compliance-ohjelmien monet edut yhteiskunnalle ja kuluttajille on jo useaan otteeseen vahvistettu.⁵⁸ Yrityksen taloudellisen päätöksenteon helpottuminen ja oikeudellisen vastuun perusteiden parempi hahmottaminen sekä vahingonkorvausvastuun ja siten erityisesti mainevahinkojen välttäminen voisivat saada aikaan välillisesti positiivisia taloudellisia vaikutuksia yhteiskunnalle laajemminkin ajateltuna. Yritysten kyetessä keskittämään resurssinsa tehokkaammin juuri toimintansa ydinalueen parantamiseen ja tehokkaaseen kilpailuun markkinat toimivat tehokkaammin. Ylipäänsä antamalla compliance-ohjelmille merkitystä tuottamusarvioinnissa annettaisiin yrityksille lisäkeino vaadittavan huolellisuuden osoittamiseen.

⁵⁷ Tähän viittaa esim. Hemmo 2005, s. 36.

⁵⁸ Centonze – Forti – Manacorda, s. 371–373.

Kritiikkinä tuen antamiselle compliance-ohjelmien perustamiselle on esitetty, että tehottomat compliance-ohjelmat, eli ohjelmat, jotka on perustettu vain ulkoisia syitä varten, lisääntyisivät.⁵⁹ Kuitenkin jopa tehottomilla ohjelmilla voisi olla vahingonkorvausoikeuden tavoitteisiin sopivia preventiivisiä vaikutuksia. Jos compliance-ohjelmalle annettaisiin yrityksen vastuuta arvioitaessa vaikutusta, saisi se ainakin aikaan sen, että väärinkäyttäytymisestä seuraavat vaikutukset mielletäisiin seurauksiksi moitittavasta riskinotosta. Tämän tietoisuuden lisääntyessä yhteiskunnallinen hyvinvointi voisi lisääntyä. Lisäksi useat tutkimukset osoittavat, että nimenomaan siviilioikeudelliset ja markkinaehtoiset rangaistukset ovat tehokkaampia kuin rikosoikeudelliset. Siten annettaessa compliancella merkitystä siviilioikeudellisen vahingonkorvauksen yhteydessä saataisiin todennäköisesti aikaan suurempi preventiovaikutus kuin rikosoikeudellisella merkityksellä. Toisaalta suoraa ja mittaavaa evidenssiä siitä, että compliance-ohjelmat vähentäisivät väärinkäytöksiä, ei ole. Lisäksi täysimittaisen ja asianmukaisen compliance-ohjelman perustaminen voi olla hyvin kallista, mikä ei yritysmaailmassa kannusta minkäänlaiseen toimintaan, jos toiminnan tuloksesta ei ole selkeää näyttöä. Parhainkaan compliance-ohjelma ei kykene estämään kaikkea moitittavaa toimintaa organisaatioissa.

3.1.2. Vahingonkorvausvastuun perusteet

Vahingonkorvausvastuu voi perustua joko osapuolten välillä olevaan sopimussuhteeseen tai vahingonkorvauslakiin (31.5.1975/412, myöhemmin myös VahL) sopimuksenulkoisena perusteena.⁶⁰ Korvausmuotojen erona on nähty esimerkiksi se, että puhtaat varallisuusvahingot ovat vain rajoitetusti korvattavissa sopimuksenulkoisessa vastuussa, kun taas sopimukseen perustuvassa vastuussa ei edellytetä lisäehtoja sille, että vahingonkärsijä saa puhtaat varallisuusvahinkonsa korvatuksi. Lisäksi sopimussuhteeseen perustuvassa vastuussa se, johon kohdistuu epäily velvollisuuden laiminlyönnistä, joutuu näyttämään toimineensa huolellisesti. On myös esitetty, että sopimuksenulkoisessa ja sopimusperusteisessa vastuussa voi olla eroa siinä, millainen merkitys vakuutuksille annetaan. Vakuutuksella voi olla

⁵⁹ Centonze – Forti – Manacorda, s. 371–373.

⁶⁰ Hemmo 2005, s. 3.

merkitystä esimerkiksi arvioitaessa sovittelua kohtuullistamisen perusteella tai vahingonkäräjien myötävaikutusta. Esimerkiksi jos vahinkoa kärsinyt on sitoutunut ottamaan vakuumuksen, joka olisi kattanut aiheutuneen vahingon, ei hän välttämättä voi saada korvausta vahingon aiheuttajalta.⁶¹ Vaikka vastuun arviointi onkin sopimukseen perustuvassa vahingonkorvauksessa jokseenkin erilaista kuin deliktivastuussa, on tuottamusarvioinnissa näissä molemmissa tapauksissa yhteisiä piirteitä, kuten arvioinnin perustuminen harkintaan.⁶²

Vahingonkorvauslain 2:1 §:n mukaan se, joka tahallisesti tai tuottamuksesta aiheuttaa toiselle vahingon, on pääsääntöisesti velvollinen korvaamaan sen. Korvausvastuu edellyttää siis vahingonkorvauslain mukaan jonkinasteista vahingonaiheuttajan huolimattomuutta, jotta korvausvastuu syntyy.⁶³ Vahingonkorvausvastuu perustuu pääsääntöisesti siten tuottamukselle erotuksena ankarasta vastuusta vahingonkorvausvelvollisuuden aiheuttavana perusteena.⁶⁴ Muita vahingonkorvausvastuun syntymisen edellytyksiä ovat vahingon aiheutuminen ja se, että aiheutuneen vahingon ja huolimattoman toiminnan välillä on riittävä syy-yhteys.⁶⁵ Kun vastuun muodostuessa vahingonaiheuttaja korvaa aiheuttamansa vahingon, tulee arvioitavaksi myös korvattava vahinko ja sen suuruus.⁶⁶

Compliance-ohjelman voi, varsinkin yrityksen toiminnasta riippuen, kohdistaa lähes mille tahansa yrityksen toiminnan alalle, jolloin arvioitavaksi compliance-ohjelmaan mahdollisesti liittyväksi yksittäiseksi vahingoksi voi tulla esimerkiksi työntekijän kärsimä henkilövahinko, ympäristön turmeltumisesta tai kilpailusääntöjen noudattamatta jättämisestä aiheutunut vahinko. Arvioitaessa vastuun syntymistä ei arviointi vielä pääty ylläesitettyjen tekijöiden tarkasteluun, vaan tulee ottaa huomioon myös mahdolliset vastuuta rajoittavat seikat, kuten se, onko vahingonkäräjä omalla toiminnallaan myötävaikuttanut vahingon

⁶¹ Hoppu – Hemmo, s. 11.

⁶² Tähän viittaa Ståhlberg – Karhu, s. 103.

⁶³ Hahto, s. 1.

⁶⁴ Tuottamuksesta riippumaton vastuu syntyy yleensä nimenomaisen lain säännöksen perusteella. Vrt. esim. ympäristövahinkojen korvaamisesta annetun lain (19.8.1994/737) sekä tuotevastuulain (17.8.1990/694) mukaisen korvausvastuun syntymisen. Ankaran ja tuottamukseen perustuvan vastuun ohella on tunnistettu korostetun huolellisuusvelvoitteen ala, jossa tuottamusarviointi on nostettu tavallista arviointia korkeammalle. Korostetun huolellisuusvelvoitteen on katsottu liittyvän esimerkiksi vastuuseen yleisötilojen ja yleisölle tarjottujen palvelujen turvallisuudesta sekä teiden ja piha-alueiden kunnossapidosta. Hemmo 2005, s. 282–290. Tutkielmassani olen käyttänyt lähteenä joitain tapauksia, joihin voidaan liittää korostunut huolellisuusvelvoite.

⁶⁵ Ståhlberg – Karhu, s. 72.

⁶⁶ Hellner – Radetzki, s. 366.

syntymiseen.⁶⁷ Perinteisesti vastuun poistavana tekijänä on loukatun suostumuksen tai myötävaikuttamisen lisäksi pidetty hätävarjelua, pakkotilaa ja erehdystä.⁶⁸

Vahingonkorvausta voidaan siis saada myös vahingosta, joka perustuu osapuolten välillä olevaan sopimussuhteeseen.⁶⁹ Velvollisuus suorittaa hyvitystä sopimuksen perusteella syntyy siitä, että sopijapuoli rikkoo sopimusehtoa eikä toimi velvoitteensa mukaan.⁷⁰ Kysymys compliance-ohjelman merkityksestä sopimussuhteessa voi nousta esiin esimerkiksi tilanteessa, jossa sopijapuoli on sopimuksella sitoutunut toimimaan tietyllä, sopimuksen mukaisella tavalla ja perustaa toiminnon valvomaan sopimusvelvoitteen täyttämistä tai laatii muuten toimintajärjestelmät tätä varten. Jos vahinko kaikesta huolimatta syntyy, voi sopimusta rikkonut osapuoli pyrkiä vetoamaan siihen, ettei hänen viakseen voida lukea moitittavaa käyttäytymistä. Sopijapuoli on tehnyt kaikkensa toimiakseen sopimuksen mukaisesti, eikä vahingon syntymistä olisi voinut estää ja että edes tehokkaan compliance-ohjelman avulla tämä ei ole ollut, eikä voida olettaakaan olleen tietoinen toimintansa mahdollisista seurauksista.

Tämä ajatus voitaneen karkeasti liittää myös sopimusoikeudelliseen käsitteeseen ylitse pääsemättömästä esteestä, ts. *force majeure*.⁷¹ Vahingonkorvauskanteen nostava sopijapuoli voi myös toisaalta esittää, että koska yrityksellä on ollut laadukas compliance-ohjelma, sen on ainakin tullut olla tietoinen tietyn toimintansa riskeistä ja seurauksista ja törkeä tuottamus täyttyy, koska yritys on siten tietten tahtoen rikkonut lain tai sopimuksen säännöstä ja aiheuttanut vahinkoa sopijapuolelleen. Tällöin esimerkiksi vastuunrajoitusehtojen pitävyyden arviointi voisi tulla kyseeseen. Vahingonkärsijän esittäessä compliance-ohjelmaa erityisen moitittavuuden perustaksi voi tämä olla vaikeaa sillä perusteella, ettei kantajalla ole välttämättä saatavissa riittävää tietoa yrityksen compliance-ohjelmasta ja sen tasosta.

⁶⁷ Ståhlberg – Karhu, s. 12.

⁶⁸ Ks. esim. Saxén, s. 170–176 ja Hellner – Radetzki, s. 119.

⁶⁹ Hemmo 2005, s. 3.

⁷⁰ Kivimäki – Ylöstalo, s. 460.

⁷¹ *Force majeure*lla tarkoitetaan sopimusoikeudessa ylivoimaista estettä, kuten luonnonmullistusta tai sotaa, jonka takia sopijapuoli ei voi täyttää sopimusta virheettömästi. Tällainen este pääsääntöisesti vapauttaa esteestä kärsineen vahingonkorvausvastuusta. Jos sopijapuoli joutuisi tekemään kohtuuttomia uhrauksia suorittaakseen sopimusvelvoitteensa, voi tämäkin vapauttaa sopijapuolen rikkomuksensa seuraamuksista. Kauppalaki (27.3.1987/355) 23.1 §. Saarnilehto - Annola s. 199–200.

Vaikka osapuolten välillä olisi sopimussuhde, ei vaatimus vahingonkorvauksesta välttämättä perustu sopimussuhteeseen.⁷² Kyseessä voi olla esimerkiksi tilanne, jossa sopimusta on sinänsä noudatettu oikein, mutta toisella osapuolella on esimerkiksi määräävän markkina-asemansa turvin ollut mahdollisuus aiheuttaa vahinkoa toisella sopijapuolelle saaden tästä itse etua. Tämänlaisissa tapauksissa vastuu menettelyn olemassaolon osoittamisesta lienee kantajalla, eikä rikkojalla, kuten sopimussuhteeseen perustuvassa vahingonkorvauksessa pääsääntöisesti on.

Vahingonkorvauslaissa edellytetään ”tuottamusta”, eli kuten yllä on tullut esiin, jonkinlaista huolimattomuutta. Myös sopimussuhteeseen perustuvassa vahingonkorvausvastuussa edellytetään, että vahinko on aiheutunut tekijän teosta tai laiminlyönnistä.⁷³ Perinteisesti lähtökohtana tuottamusarvioinnille on ollut käsite bonus pater familias eli ”huolellisen perheenisän” toiminta.⁷⁴ Koska käsite on ilmeisen yksipuolinen ja yksinkertainen, on käsite tuottamusarvioinnin perustana olevasta mittapuusta muuttunut. Yritysten toimiessa markkinoilla voidaan mittapuuna pitää esimerkiksi yritysten toimintaa ohjaavaa lainsäädäntöä.⁷⁵ Tämä toimii lähtökohtana vahvana lähtökohtana. Tällöin välttämättä ainoastaan vahinkoriskin olemassaolo ja riskien huomioimisen laiminlyöminen yrityksen liiketoiminnassa ei välttämättä johda tuottamuskynnyksen ylittymiseen, jos toiminta ei samalla ole ollut yrityksen kyseistä toimintaa ohjaavan lainsäädännön vastaista.

3.1.3. Tuottamuksesta

Käsitettä ”tuottamus” käytetään sekä rikos- että vahingonkorvausoikeudessa. Vahingonkorvausta koskevia yleisiä, yksityisoikeudellisia ja rikosoikeudesta irrallisia säännöksiä ei edes ollut ennen vuoden 1974 vahingonkorvauslakia.⁷⁶ Vaikka siten vahingonkorvausoikeudellisella ja rikosoikeudellisella tuottamuskäsitteellä on yhteytensä, ne saavat oman merkityksensä jo johtuen oikeudenalojen erilaisista tavoitteista. Vahingonkorvausoikeudessa hyödynnetään yleisesti rikosoikeuden tahallisuuskäsitettä, sillä tällä tuottamuksen asteella

⁷² Tästä esim. Virtanen 2001, s. 447–448.

⁷³ Kivimäki – Ylöstalo, s. 457.

⁷⁴ Hellner – Radetzki, s. 129.

⁷⁵ Havu – Kalliokoski – Wikberg, s. 104.

⁷⁶ Hahto, s. 4.

ei ole vahingonkorvausoikeudessa katsottu olevan itsenäistä merkitystä. Lähtökohtaisesti ajatuksena on myös, että vahingonkorvausoikeudellinen tuottamusvaatimus on ankarampaa kuin rikosoikeudellinen.⁷⁷ Jotta vahingonaiheuttaja väistää korvausvastuun, edellytetään tältä suurempaa huolellisuutta kuin jotta henkilö välttää rikosvastuun.⁷⁸ Tämä vaikuttaa perustellulta lähtökohdalta, kun rikosoikeudellisilla sanktioilla voi vahingonaiheuttajan kannalta olla merkittävästi suurempi oikeuksia rajoittava tai muuttava vaikutus, kuin rahallisesti suoritettavalla vahingonkorvauksella. Tämä johtaa myös siihen, että rikosoikeudellisesti teko ei välttämättä ole rangaistava, mutta saattaa yhtä kaikki johtaa vahingonkorvausvastuuseen, jos tekijän syyksi katsotaan huolimaton toiminta suhteessa aiheutuneeseen vahinkoon.

Tulee huomioida, ettei tuottamusarvioinnin kohteena ole pelkästään aiheutunut vahinko.⁷⁹ Arvioinnissa kiinnitetään huomiota vahinkoriskiin, eli toiminnasta potentiaalisesti aiheutuvaan vahinkoon, sen suuruuteen ja todennäköisyyteen. Vastuun muodostuminen edellyttää toimintaan liittyviä potentiaalisia vahinkoja, jotta tuottamus voisi syntyä. Huolimattomuutta ei arvioida suhteessa juuri kyseiseen aiheutuneeseen vahinkoon, vaan suhteessa toiminnasta mahdollisesti yleisesti aiheutuvaan vahinkoon. Kuitenkin jos kyseiseen yksittäistapaukseen liittyy esimerkiksi kohonnut vahinkoriski, tulee toimijan ottaa tämä toiminnassaan huomioon.⁸⁰ Se, ettei kyseisellä tavalla toimimalla yleensä aiheutuisi vahinkoa, ei estä korvausvastuun muodostumista. Compliance-ohjelmalla voi tähänkin perustaen olla yrityksen kannalta positiivista merkitystä tuottamusarvioinnissa. Yritys tulisi palkita siitä, että se on pyrkinyt suojautumaan riskiltä asianmukaisella, yleisellä compliance-ohjelmalla, jonka sisältämien ohjeiden ja prosessien voidaan katsoa vähentävän vahinkomahdollisuuksia, vaikka se ei olisi yksittäistapauksessa näin toiminutkaan. Voidaan ajatella, ettei yritykseltä voida kohtuudella odottaa sitä, että se kykenee poistamaan kaiken moitittavan toiminnan organisaatiostaan. Organisaatioillakin voi olla rajoitetut mahdollisuudet seurata, mitä ja miten asioita tehdään. Tällöin yrityksellä ei katsottaisi käytännössä oletettavan ole-

⁷⁷ Ståhlberg – Karhu, s. 116. Tästä samoin Conradi, jonka mukaan tuottamusvaatimus voi vahingonkorvausoikeudessa täytyä, vaikka näin ei olisikaan rikosoikeudellisessa mielessä. Conradi, s. 179 ja 181, johon myös Hahto, s. 11 viittaa.

⁷⁸ Saxén, s. 37.

⁷⁹ Saxén, s. 9–10. Samoin myös Hemmo 1996 s. 89 ja Vinding Kruse s. 90–91.

⁸⁰ Virtanen 2011, s. 107.

van edellytyksiä toimia toisin, eikä tuottamuskyynys välttämättä ylittyisi, jos yksittäinen tapaus sitten aiheuttaisikin vahinkoa toiselle osapuolelle. Tällöin tulee kuitenkin edellyttää, ettei kohonnutta vahingonvaaraa ole voitu edellyttää huomioitavan nimenomaisessa vahinkotilanteessa.

Tuottamusta käytetään usein yleisenä käsitteenä kuvaamaan huolellisuuden tasoa, joka vaihtelee huolimattomuudesta tahallisuuteen.⁸¹ Vahingonkorvauslain yleisissä korvausvastuuta koskeissa säännöksissä (VahL 2 luku) ei ole eritelty tuottamusta esimerkiksi törkeästä huolimattomuudesta, joten siten lähtökohtaisesti vastuun muodostumisen perusteeksi riittää vain ”jonkinasteinen” tuottamus; vahinko tulee korvata kokonaisuudessaan riippumatta siitä, minkä tasoinen tuottamus vahingonaiheuttajan viaksi katsotaan.⁸² Sen sijaan esimerkiksi lain 4 luvussa työntekijän vastuusta puhuttaessa mainitaan ”lievä tuottamus” (VahL 4:1 §) ja lain korvattavaa vahinkoa käsittelevässä 5 luvussa mainitaan ”törkeä tuottamus” yhtenä edellytyksenä korvauksen saamiseen loukkauksen aiheuttamasta kärsimyksestä (VahL 5:6 §).

Vaikka toimija olisi toiminut vastoin sitä ohjaavaa oikeudellista sääntelyä tai syyllistynyt holtittomaan riskinottoon, voi se puolustautua vahingonkorvausoikeudessa tunnustetuilla perusteilla, jotka edellä lyhyesti jo mainittiinkin.⁸³ Vastuun poistavia perusteita ovat pakkotila, hätävarjelu, vahingonkärsijän suostumus sekä erehdykset.⁸⁴ Hätävarjelulla tarkoitetaan rikoslain (19.12.1889/39) 4:4 §:n mukaan aloitetun tai välittömästi uhkaavan oikeudettoman hyökkäyksen torjumiseksi tarpeellista ja sallittua puolustustekoa, joka muutoin saattaisi olla rangaistava. Vahingonkorvausvastuuta ei tällöin pääsääntöisesti synny. Pakkotila voidaan nähdä myös vastuun poistavana, hätävarjelua muistuttavana perusteena.⁸⁵ Vahingonkärsijän suostumus voi myös toimia vastuun poistavana perusteena; jos

⁸¹ Näin esim. Hellner – Radetzki s. 127; Hemmo 2005, s. 24–25; Kivimäki – Ylöstalo s. 457–458, johon myös Hemmo 2005 viittaa.

⁸² Kivimäki – Ylöstalo, s. 459.

⁸³ Hemmo 2005, s. 40.

⁸⁴ Hellner – Radetzki mainitsee vastuun poistavana perusteena virkavelvollisuuden ja viittaa tällä esimerkiksi siihen, ettei sotilaalla, joka tappaa sodassa, ole vahingonkorvaus- tai rikosvastuuta teostaan. Hellner – Radetzki, s. 122. Kuten Hemmo esittää, tämän merkitys on kuitenkin vahingonkorvausoikeudessa vähäinen, koska esimerkiksi poliisilla on erityislainsäädäntöön pohjautuen oikeus käyttää pakkovaltaa, Hemmo 2005, s. 45. Rikoslain 4:6 §.

⁸⁵ Ståhlberg – Karhu, s. 90.

loukattu osapuoli antaa etukäteen suostumuksensa toimintaan, joka johtaa vahingon aiheutumiseen, ei hän voi vaatia vahingonkorvausta.⁸⁶ Suostumusta ei tarvitse välttämättä antaa edes ulkoisesti, vaan jopa olosuhteista ilmi käyvä suostumus voi toimia vastuusta vapauttavana perusteena.⁸⁷ Vahingonkärsijän suostumukselle on tavattu esittää myös joitain edellytyksiä, jotta se voi saada edellä mainittuja vaikutuksia.⁸⁸ Suostumukseksi ei katsota esimerkiksi sellaista suostumusta joka on annettu tilanteessa, jossa henkilöllä ei olisi edes ollut mahdollisuutta toimia toisin.⁸⁹

Tuottamuksen poistavana erehdyksenä voinee tulla kyseeseen esimerkiksi tilanne, jossa yritys pyytää ulkoiselta neuvonantajalta lausunnon lainsäädännöstä tulkintatilanteessa ja toimii ohjeen mukaan, mutta ohje myöhemmin osoittautuu oikeudenvastaiseksi.⁹⁰ Compliance-ohjelmassa on voitu määrätä, että näin tulee toimia tietyissä tilanteissa.⁹¹ Silloin vastuuseen vaikuttavana tekijänä ei kuitenkaan nähdäkseni ole varsinaisesti compliance-ohjelma itsessään vaan juuri asiantuntijalta saatu lausunto. Arvioitaessa sitä, voiko compliance-ohjelmalla olla merkitystä tuottamusarvioinnissa, ei voitane nähdä, että edellä mainituilla yleisillä vastuun poistavilla perusteilla olisi yleisesti kattavaa merkitystä arvioinnissa. Toki voisi olla, että jokin taho antaisi yritykselle ensin luvan toimia sen compliance-ohjeen vastaisesti, mutta myöhemmin yrittäisi esittää vahingonkorvausvastuun perusteena sitä, että yritys on näin tehnyt ja siten toiminut huolimattomasti. Koska en kuitenkaan näe, että varsinaisten vastuun poistavien tekijöiden tarkastelusta saataisi tärkeää lisäarvoa tutkielmalla, ei näitä oikeutusperusteita tarkastella jatkossa lähemmin.

Compliance-ohjelman merkitys voi näkyä ns. ensisijaisessa tuottamusarvioinnissa, mutta myös erityisesti arvioitaessa esimerkiksi korvauksen määrää ja siihen vaikuttavaa tuottamuksen astetta. Yrityksen laadukkaasta ohjelmasta seuraava korkea tietoisuuden taso toimintaa koskevista riskeistä ja toimintavelvollisuudesta voi mahdollisesti johtaa siihen, että yrityksen katsotaan toimineen törkeä huolimattomasti tai jopa tahallisesti; toisaalta myös vapauttaa sen vastuusta ainakin osittain.

⁸⁶ Hemmo 2005, s. 45.

⁸⁷ Hellner – Radetzki, s. 124.

⁸⁸ Hemmo 2005, s. 46.

⁸⁹ Saxén, s. 113.

⁹⁰ Hemmo 2005, s. 47.

⁹¹ Virtanen 2003, s. 493.

On huomattava, ettei tuottamusta lieventäviä tai kiristäviä tekijöitä tule rinnastaa tässä jaksossa edellä mainittuihin perusteisiin, jotka voivat poistaa vahingonaiheuttajan vahingonkorvausvastuun. Nämä vastuun poistavat tekijät pätevät silloinkin, kun vahingonaiheuttajan katsotaan toimineen norminvastaisesti tai ottaneen liiallisen riskin.⁹² Siten tuottamuksen ”poistavia” tai sitä lieventäviä tekijöitä arvioidaan ensin ja jos tuottamuskynnys ylittyy, voi vahingonaiheuttaja vielä tämän jälkeenkin vedota esimerkiksi vahingonkärsijän suostumukseen. Tosin varsinaisista vastuun poistavista tekijöistä erehdys liittyy nimen omaan toimijan huolimattomuuteen. Oikeuserehdyksellä korvausvastuusta vapauttavana perusteena tarkoitetaan kuitenkin erehdystä siitä, mikä on vallitseva oikeuden tila, eikä sillä voida lähtökohtaisesti katsoa olevan merkitystä vastuusta vapautumiselle.⁹³ Sen sijaan toiseikkoja, kuten tietoisuutta siitä, että yritys itse syyllistyy määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön, koskeva erehdys voi tulla arvioitavaksi tuottamuksen poistavana tekijänä.⁹⁴ Kuitenkin jos vahingonaiheuttajan olisi tullut ymmärtää, että kyseessä on määräävä markkina-asema, ei erehdys vapauttaisi vastuusta.⁹⁵

3.1.4. Vastuutaho

Oikeushenkilön vastuuta vahingosta arvioidaan pääsääntöisesti joko isännänvastuun, eli työntekijän tuottamuksen, tai sen oman orgaanin (eli oikeushenkilön oman) tuottamuksen perusteella.⁹⁶ Oikeushenkilön vastuuta työntekijänsä tekemästä virheestä voidaan perustella esimerkiksi sillä, että työtä tehdään työnantajan intressissä, työnantaja voi vakuuttaa toimintansa ja pulverisoida kustannukset eteenpäin liiketoiminnassaan. Lisäksi isännänvastuu kannustaa yrityksiä panostamaan toimenpiteisiin (kuten compliance-ohjelman käyttöönottoon), joilla voidaan ehkäistä työntekijän tekemiä virheitä. Oikeushenkilö on vastuussa vahingosta sen oman tuottamuksen perusteella, jos sen johtoon kuuluva henkilö tuottamuksellisesti aiheuttaa vahinkoa. Sen sijaan isännänvastuun ollessa kyseessä ei oi-

⁹² Hemmo 2005, s. 40.

⁹³ Esim. Hemmo 2005, s. 47.

⁹⁴ Havu – Kalliokoski – Wikberg, s. 111.

⁹⁵ Hahto, s. 77.

⁹⁶ Saxén, s. 177–179.

keushenkilön puolelta edellytetä tuottamusta, vaan se vastaa suoraan työntekijän tuottamuksen perusteella. Siten johdon jäsenen tuottamuksen arviointi voi olla osa sitä tuottamusarviointia, joka kohdistuu yrityksen toimintaan. Tällöin tosin edellytetään, että johtoon kuuluva henkilö aiheuttaa vahinkoa toimiessaan yhtiön lukuun tehtävissä, jotka johtuvat hänen sopimusoikeudellisesta suhteestaan yritykseen.⁹⁷

Oikeushenkilön omaan tuottamukseen ja isännänvastuuseen perustuvaa vastuuta ei kuitenkaan aina ole tarpeen tai mahdollista erottaa, vaan voidaan puhua oikeushenkilön ns. anonymista vastuusta.⁹⁸ Anonymista tuottamuksesta on kyse silloin, kun tiedossa on, että joku oikeushenkilöön kuuluva on rikkonut huolellisuusvelvoitteensa, mutta tätä ei kyetä identifioimaan. Siten yrityksen korvausvastuu voi tulla kyseeseen, vaikka ei kyetä identifioimaan, onko huolimattomasti toiminut taho työntekijä vai esimerkiksi osa yhtiön johtoa. Lisäksi oikeushenkilön tuottamus voi olla eriasteinen kuin esimerkiksi johtoon kuuluvan henkilön.⁹⁹ Tämä ilmenee myöhemminkin käsiteltävästä tapauksesta KKO 2002:56, jossa valtio oli korvausvastuussa kärsimyksestä sen perusteella, että puolustusvoimien toiminta, joka oli aiheuttanut vahingon, kokonaisuudessaan ilmensi törkeää huolimattomuutta, vaikka itse ammuntaa johtanut henkilö ei ollut toiminut törkeään huolimattomasti. Siten myös esimerkiksi koko organisaation tasoinen compliance-ohjelma voinee saada vaikutusta, jos huomioon oikeushenkilön vastuuta arvioitaessa otetaan tilanne ja olosuhteet kokonaisuudessaan. Virtanen erottaa toisistaan kumuloidun ja anonymin tuottamuksen tarkoittamalla kumuloidulla tuottamuksella kaikkien osapuolten ja tekijöiden yhteisvaikutusta, mikä olikin tarkasteltavana vuoden 2002 tapauksessa.¹⁰⁰ Ohjelman voidaan katsoa ilmentävän erityistä huolellisuutta tai piittaamattomuutta, vaikka yksittäisen työntekijän tuottamuksen kohdalla näin ei katsottaisikaan olevan.

Ståhlberg ja Karhu toteavat, että vuoden 2002 ratkaisusta tulee esille se, että arvioitaessa oikeushenkilön laiminlyöntiä arvioon voivat vaikuttaa sellaisetkin asiat, joihin yksilö ei välttämättä voi vaikuttaa, kuten se, että tiettyyn toimintaan varataan tarpeeksi henkilökuntaa tai muita resursseja. Yrityksen ylätasolla vahvistettavat toimintaohjeet ja politiikat, mitkä

⁹⁷ Ståhlberg – Karhu, s. 110–111.

⁹⁸ Hemmo 2005, s. 53 ja 63.

⁹⁹ Ståhlberg – Karhu, s. 112–113.

¹⁰⁰ Virtanen 2011, s. 121.

sisältyvät compliance-ohjelmaan, saattaisivat olla juuri tämänlaisia seikkoja. Näihin tavallinen työntekijä ei välttämättä voi juurikaan vaikuttaa. Kirjoittajat tuovat lisäksi esille, että ratkaisu mahdollistaa johtopäätösten tekemisen siihen suuntaa, että vaikka yksi henkilö ei olisi toiminut tuottamuksellisesti, voi usean henkilön toiminta kokonaisuutena arvioiden olla mahdollista katsoa tuottamukselliseksi.

Henkilöyhtiössä yhtiömiehen tuottamuksellisesti aiheuttama vahinko voi aiheuttaa yhtiölle vahingonkorvausvelvollisuuden¹⁰¹. Osakeyhtiölain 1:2.1 §:n mukaan osakeyhtiö on erillinen oikeushenkilö, joka siten voi tulla oikeutetuksi ja velvoitetuksi. Osakeyhtiö voi siten joutua vahingonkorvausoikeudelliseen vastuuseen, vaikka osakeyhtiölaissa ei ole erikseen sääntöjä yhtiön korvausvastuusta.¹⁰² Yhtiö voi joutua vastuuseen esimerkiksi työntekijänsä tai johtoon kuuluvan henkilön, johtoelimen tai yhtiökokouksen toiminnan tai sopimusrikkomuksen perusteella.¹⁰³

Yhtiön johto voi myös joutua henkilökohtaiseen vastuuseen sille asetettujen velvoitteiden rikkomisesta (OYL 22:1§). OYL 6:1 §:n mukaan hallituksen tehtävänä on huolehtia yhtiön hallinnosta ja sen toiminnan asianmukaisesta järjestämisestä. OYL 1:8 §:n mukaan yhtiön johdon on huolellisesti toimien edistettävä yhtiön etua. Johto on yhtiölle vastuussa rikkoessaan osakeyhtiölain mukaisen huolellisuusvelvoitteensa. Jos yhtiö syyllistyy kiellettyyn toimintaan, voi hallituksen vastuu realisoitua ja johto joutua vastuuseen muuta kuin yhtiötä kohtaan, jos johtoon kuuluva henkilö on tahallaan tai tuottamuksellisesti rikkonut osakeyhtiölakia (muutoin kuin OYL 1:8 §:n vastaisesti) tai yhtiöjärjestyä. Jos johto ei riko osakeyhtiölakia tai rikoslakia, voi johdon vastuu tulla kyseeseen yleisten vahingonkorvausoikeudellisten periaatteiden mukaan vain rajoitetuissa tapauksissa.¹⁰⁴

Velvollisuus järjestää huolellinen toiminta ei tarkoita sitä, että johdon tulisi käytännössä itse arkipäivässään suoraan valvoa compliancea, vaan johdon tulee nimenomaan järjestää

¹⁰¹ Hoppu – Hoppu, s. 285.

¹⁰² Mähönen – Villa, s. 439–440. Sen sijaan esimerkiksi rikoslain 9:2.1 §:n mukaan oikeushenkilö tuomitaan yhteisösakkoon, jos sen lakisääteiseen toimielimeen tai muuhun johtoon kuuluva taikka oikeushenkilössä tosiasiallista päätösvaltaa käyttävä on ollut osallinen rikokseen tai sallinut rikoksen tekemisen taikka *jos sen toiminnassa ei ole noudatettu vaadittavaa huolellisuutta ja varovaisuutta rikoksen ehkäisemiseksi*. (Kursiivi A.K.)

¹⁰³ Tästä esim. Savela, s. 215–223.

¹⁰⁴ KKO 1998:115 ja Ståhlberg – Karhu, s. 180.

puitteet lainmukaiselle toiminnalle ja pysyä selvillä toiminnan lainmukaisuudesta.¹⁰⁵ Siten huolellista toimintaa tukee esimerkiksi ainakin se, että esimerkiksi Compliance Officer raportoi yhtiön johdolle compliancen kannalta relevanteista seikoista säännöllisesti. Jos yrityksen johto on järjestänyt hyvin toimivan compliance-ohjelman perustamisen, voi se auttaa johtoa osoittamaan, että se on täyttänyt johdolle asetetun huolellisuusvelvoitteen, tai ainakin toimia lieventävänä tekijänä arvioinnissa.¹⁰⁶ Toisaalta johdon mahdolliset toimet näkyvät yhtiön vastuun arvioinnissa, koska oikeushenkilönä yrityksen toimintaa arvioidaan aina sen puolesta toimivien henkilöiden toiminnan kautta. Vaikka compliance-ohjelmaa käytettäisi apuna tuottamusarvioinnissa, ei se tarkoita, että vastuutahona tulisi tällöin olla yrityksen johto. Lähtökohtaisesti vastuutahona tullee olla yritys oikeushenkilönä.

Vahl 3:1 §:n mukaan työnantaja on velvollinen korvaamaan vahingon, jonka työntekijä virheellään tai laiminlyönnillään aiheuttaa. Työnantajan vastuu edellyttää siis tämän työntekijän tuottamusta.¹⁰⁷ Lisäksi edellytetään, että vahinko on aiheutettu työssä.¹⁰⁸ Vahinko on lähtökohtaisesti aiheutunut työssä, jos se on seurausta työntekijän toiminnasta työtehtävien yhteydessä tai vapaa-ajalla, jos toiminta on työnantajan edellyttämää. Onkin helppo kuvitella, että vahinkoa voisi aiheutua esimerkiksi siten, että työntekijä työtehtäviä hoitaessaan syyllistyy liialliseen kanssakäymiseen kilpailijan kanssa ja rikkoo samalla yrityksen compliance-ohjelmaa. Tällöin yritys työnantajana todennäköisesti joutuisi vahingonkorvausvastuuseen tai ainakin sille olisi osoitettavissa perusteita. Yrityksen vastuuseen vahingosta isännänvastuun perusteella vaikuttaa myös se, onko yrityksellä ollut mahdollisuuksia varautua aiheutuneen vahingon tyyppiseen riskiin.¹⁰⁹ Vaikka työnantaja ei olisi todellisuudessa voinutkaan kontrolloida työntekijänsä toimintaa kyseessä olevaan riskiin liittyen, ei se kuitenkaan automaattisesti vapauta yritystä vastuusta. Siten voikin olla perusteltua lähtökohtaisesti suhtautua pidättyväisesti siihen mahdollisuuteen, että työnantaja onnistuisi compliance-ohjelmallaan osoittamaan riittävän huolellisuutensa ja sen, ettei se ole voinut kontrolloida työntekijän toimia suhteessa riskiin ja siten välttämään vastuun.

¹⁰⁵ Tähän liittyy myös ajatus siitä, että yritykselläkin voi olla rajoitetut mahdollisuudet kontrolloida toimintansa lainmukaisuutta. Johto ja johdon jäsenet eivät käytännössä voi olla mukana seuraamassa työntekijöiden työntekeä tai muiden johdon jäsenten toimia.

¹⁰⁶ af Schulten, s. 133.

¹⁰⁷ Ståhlberg – Karhu, s. 209.

¹⁰⁸ Ibid, s. 210–215.

¹⁰⁹ Savela, s. 218–219.

Arvioitaessa, millainen asema yrityksen sisäisille ohjeistuksille ja käytännöille annetaan, tulee ottaa huomioon, minkä toimijan toiminnasta aiheutuneeseen vahinkoon liittyen yrityksen vastuuta arvioidaan. Arvioinnissa tulee ottaa huomioon, onko kyseessä esimerkiksi se osa yhtiön johdosta, joka on vastuussa ohjeistuksien ja käytäntöjen perustamisesta, muokkauksesta ja hyväksymisestä, vai hierarkiassa matalammalla oleva henkilö, jolle ei ole vastuuta tämänlaisen toiminnan järjestämisestä.¹¹⁰

Aine on tuonut esille kilpailuoikeudelliseen vahingonkorvaukseen liittyen, että kilpailulainsäädännön rikkomistilanteissa voi olla perusteltua etäännyä jyrkästi rajatusta oikeushenkilön vastuuperusteiden tarkastelusta tuottamusarvioinnissa.¹¹¹ Kilpailulainsäädäntöä voidaan rikkoa niin organisaation ylimmällä kuin hyvin alhaisellakin tasolla. Siten ainakin tässä yhteydessä olisi perusteltua rikkomisen kokonaisuus huomioon ottaen lävistää muodolliset organisaatiosuhteet. Esimerkkinä Aine tuo esiin, että sellaisen työntekijän toiminta, jolla on oikeus ja kelpoisuus omissa tehtävissään edustaa yritystä ja myös jotain valtaa tehdä päätöksiä yrityksessä, tulisi ottaa tuottamusarvioinnissa huomioon sen ollessa olennaista kilpailulainsäädännön rikkomisen kannalta. Jos organisaatiolla on compliance-ohjelma, jossa on tarkkaan ohjeistettu työntekijän toimintaa tietyissä tilanteissa, kuten kommunikoinnissa kilpailijoiden kanssa, voisi se edesauttaa sitä, ettei työntekijän toimintaa otettaisi ainakaan kiristävästi huomioon tuottamusarvioinnissa.

Jos compliance-ohjelman rikkomiseen ja siitä seuranneen vahingon aiheuttamiseen on syyllistynyt yrityksen ylin johto, ei compliance-ohjelman käyttäminen puolustuksena kuulostaisi kovin pitävältä vaihtoehdolta.¹¹² Päinvastoin, tämänlainen toiminta johdossa voisi indikoida paremminkin sen puolesta, ettei compliance-ohjelma ole asianmukainen ja ettei sitä ole ollut tarkoitustakaan noudattaa. Tämä antaisi indision välinpitämättömyydestä ja

¹¹⁰ Dotevall, s. 92–93, johon myös Hemmo 1996 s. 12 viittaa.

¹¹¹ Aine, s. 389–390. Aine viittaa kilpailulain (12.8.2011/948) 20 §:ään, jossa edellytetään tahallisuutta tai huolimattomuutta kilpailulainsäädännön rikkomisessa. Laissa kilpailuoikeudellisista vahingonkorvauksista (1077/2016, 2 §) ei sanamuodon mukaan edellytetä tuottamuksellista kilpailuoikeuden rikkomista. Esim. Kuoppamäki on todennut vuoden 2016 lakia koskevaan lakivaliokunnan mietintöön (LaVL 13/2016 vp. s.2–3.) viitaten, ettei tuottamusta enää edellytettäisi. Hänen mukaansa kilpailulain edellyttämällä tuottamuksella ei ole ollut aikaisemminkaan käytännössä merkityksellistä vaikutusta johtuen siitä, että yritys on joka tapauksessa rikkonut pakottavaa kilpailuoikeudellista säännöstä. Kuoppamäki, s. 118–119.

¹¹² Tästä esim. van Vormizeele, s. 7. Van Vormizeele myös tuo esiin, että compliance-ohjelmalla voisi olla merkitystä, jos kartellivahingon on aiheuttanut henkilö, joka kuuluu yrityksen alempaan johtoon. Lisäksi emoyhtiö voisi tehokkaalla ohjelmalla osoittaa tehneensä kaikki toimenpiteet, joilla ehkäistä tytäryhtiöidensä syyllistymistä kartelliin ja siten välttää vahingonkorvausvastuulta.

piittaamattomuudesta toiminnan seurauksia kohtaan. Tässäkin tulee kuitenkin muistaa, ettei yksittäisen johdon jäsenen moitittava toiminta tarkoita sitä, että muutkin johtoon kuuluvat jäsenet olisivat tuottamuksellaan aiheuttaneet vahingon.

Vahl 4:1 §:n mukaan työntekijän korvausvastuu arvioidaan kohtuullisuusperustein ja jos hänen viakseen katsotaan vain lievä tuottamus, ei korvausvastuuta ole. Jos yritys joutuisi vahingonkorvausvastuuseen työntekijänsä rikottua työpaikan vakiintunutta compliance-ohjeistusta, saattaisi olla mahdollista, että työntekijän syyksi katsottaisi ainakin korkeampi kuin lievä huolimattomuus, jolloin työntekijällä olisi ainakin osittainen korvausvastuu. Sen sijaan vahingon aiheuduttua tavallisen työntekijän virheestä voisi olla vaikeasti perusteltavissa, miksi yrityksen compliance-ohjelmalla, joka on saanut alkunsa yrityksen johdon aloitteesta, olisi lieventävää merkitystä työntekijän tuottamusta arvioitaessa. Toisaalta voisi olla mahdollista perustella myös, että koska tarkat ja perustellut ohjeet ovat olleet olemassa, vahingon aiheutuminen on todella ollut tapaturmatyyppinen, koska niilläkään ei ole onnistuttu estämään sitä, eikä tuottamuskynnys tällöin välttämättä ylittyisi. Ainakin arvioitaessa vastuuta monen tekijöiden yhteisvaikutukseen perustuen voitaisi compliance-ohjelma ottaa huomioon.

3.2. Tuottamusarvioinnista ja compliance-ohjelman merkityksestä

3.2.1. Normiperusteinen ja riskiperusteinen arviointi

Tuottamusarviointi tehdään vahingonkorvausoikeudessa joko normi- tai riskiperusteisesti.¹¹³ Pääsääntöisesti arviointi tehdään objektiivisesti, eikä esimerkiksi vahingonaiheuttajan yksilöllisten ominaisuuksien perusteella.¹¹⁴ Normiperusteinen tuottamusarviointi hakee mittapuunsa ja toimintaohjeet laista ja muista säännöksistä, suosituksista tai esimerkiksi sovellettavasta sopimuksesta.¹¹⁵ Pääsääntöisesti esimerkiksi tuottamusta sopimusvastuun perusteella arvioidaan siis sopimuksen ehtojen perusteella.¹¹⁶ Arviointiin voi saada

¹¹³ Hahto, s. 16–17.

¹¹⁴ Saxén, s. 33 ja Hellner – Radetzki, s. 140–141.

¹¹⁵ Saxén, s. 15.

¹¹⁶ Virtanen J., s. 490.

tukea myös yrityksen sisäisistä normistoista ja alan tapaohjeista.¹¹⁷ Esimerkiksi tapauksen KKO 1997:110 huolellisuusarvioinnissa, arvioitaessa pankin johdon vastuuta pankille luotonantopäätöksistä aiheutuneesta vahingosta, otettiin huomioon pankin antamat sisäiset luotonanto-ohjeet, vaikka ne eivät muodollisesti sitoneet pankin johtokuntaa. Riskiperusteisessa arviossa otetun riskin hyväksyttävyyttä tarkastellaan suhteuttamalla vahinkoriskin todennäköisyys ja mahdollisen vahingon määrä liiketoiminnan luonteeseen, toiminnalla tavoiteltaviin positiivisiin seurauksiin sekä toimijan mahdollisuuksiin estää vahinko ja tästä ennaltaehkäisystä aiheutuvat kustannukset.¹¹⁸ Keskeistä näille arvioille, kuten siten koko tuottamusarvioinnille on, olisiko toimijan tullut toimia toisin.

Elinkeinonharjoittajan tulee lähtökohtaisesti noudattaa sitä koskevia oikeudellisia normeja ja niiden rikkominen katsotaan tuottamukselliseksi. Kuitenkaan oikeudellisenkaan normin rikkomisesta seuraava korvausvastuu ei ole poikkeukseton.¹¹⁹ Esimerkiksi sellainen seuraus, jonka voidaan katsoa olevan hyvin kaukainen seuraus toiminnasta, joka on ollut normin vastaista, ei aiheuttaisi korvausvastuuta. Lain säännöksen noudattaminen katsotaan pääsääntöisesti sellaiseksi toiminnaksi, ettei toiminnassa katsota olleen huolimattomuutta, kuten esim. tapauksesta KKO 1949 II 445 ilmenee. Auto oli ajanut jäännostoavantoon, jolloin autossa ollut matkustaja oli hukkunut. Avanto oli ollut poliisijärjestyksen edellyttämällä tavalla merkitty ja se oli sijainnut alueella, jota oli aikaisemminkin käytetty jäännostoon, joten yhtiöllä eikä sen työnjohtajalla ollut korvausvelvollisuutta.

Jos kyseessä on muu kuin lainsäädäntöön perustuva normi, tuomioistuin arvioi, voidaanko sen katsoa velvoittavan elinkeinonharjoittajaa ja siten tarjoavan mittapuun tähän kohdistettavalle huolellisuusvelvoitteelle.¹²⁰ Jotta elinkeinonharjoittajan tulisi noudattaa viranomaisten suosituksia tai ammattikunnan sisäisiä ohjeita, edellytetään esimerkiksi, että elinkeinonharjoittaja toimii tällä nimenomaisella alalla ja että hänen on ainakin täytynyt olla tietoinen ohjeistuksesta ja sen sisällöstä.¹²¹ Oikeudellisen ja muun normiston ohella vaadittava mittapuu voidaan löytää alalla yleisesti noudatetuista käytännöistä. Tällöin tulee kui-

¹¹⁷ Hemmo 2005, s. 28–29.

¹¹⁸ Hellner – Radetzki, s. 134–135 ja Hahto, s. 16–17.

¹¹⁹ Virtanen 2011, s. 90.

¹²⁰ Hahto, s. 73–74.

¹²¹ Hemmo 2005, s. 29.

tenkin myös edellyttää, että tapa on yleisesti hyväksytty, eikä vain tietyn ryhmän toimintatapa, jolla ei ole vakiintunutta hyväksyntää.¹²² Jos tapa on vakiintunut, voi se merkitä, että toimija on toiminut tuottamuksellisesti toimiessaan tavan vastaisesti. Tämä tulee ilmi esimerkiksi korkeimman oikeuden tapauksessa KKO 1997:22, jossa kanne korvauksen saamiseksi liittyen lunastuslausekkeen kiertämisestä välikäsijärjestelyn avulla kantajalle aiheutuneesta vahingosta hylättiin, koska vastaajat eivät olleet toimineet oikeusjärjestyksen tai hyvän tavan vastaisesti. Jotta käytännöllä todella olisi merkitystä tuottamusarvioinnissa, voidaan edellyttää myös, että käytännölle on hyvät perusteet ja että se vastaa ajankoh- taista tietotasoa ja kehitystä.¹²³

Kuitenkaan ei tule vetää suoraan johtopäätöstä siitä, että hyväksytyn käytännön rikkomisen johtaisi aina tuottamuksen syntymiseen.¹²⁴ Yrityksellä voi olla jokin hyväksyttävä syy tavanomaisesta ja hyväksytystä käytännöstä poikkeamiseen tai se on voinut varautua vahinkoriskin kasvuun joillain varotoimenpiteillä, joiden ansiosta toiminta olisikin hyväksyttyä, eikä siten tuottamuksellista. Myöskään omista sisäisistä ohjeistuksista poikkeamisen ei voida katsoa olevan aina kytköksissä tuottamukselliseen vahingonaiheuttamiseen, vaikka siitä voidaankin saada apua arvioinnissa siitä, millaista huolellisuutta voidaan edellyttää. Esimerkiksi jos yritys aiheuttaisi vahinkoa rikkoessaan compliance-ohjelmaansa, ei vahingon aiheuttamista välttämättä katsottaisi tuottamukselliseksi esimerkiksi sen takia, että yritys oli varautunut kasvavaan vahinkoriskin osalta esimerkiksi ottamalla käyttöön jonkin lisävarotoimenpiteen. Lisäksi esimerkiksi yrityksen rikkoessa sisäisiä käytäntöjään, mutta toimiessa silti alalla yleisesti hyväksytyn menettelyn mukaan, voisi yleisen käytännön mukaan toimiminen toimia tuottamusta lieventävänä perusteena.¹²⁵

On myös huomioitava se, että otettaessa yrityksen huolellisuuden mittapuuksi sen oma compliance-ohjelma, muuttuu lähtökohtaisesti objektiivinen tuottamusarviointi hieman subjektiiviseen suuntaan, koska tällöin määritetään huolellisuutta käytännössä yrityksen itse määrittämän huolellisuuden mukaan. Tällöin mittapuuta ei haeta mistään laajemmasta ryhmästä, vaan yrityksen sisäisestä toiminnasta. Tämä ei kuitenkaan välttämättä ole pel-

¹²² Hemmo 1996, s. 88 alaviitteineen.

¹²³ Hahto, s. 74.

¹²⁴ Tiilikka, s. 247.

¹²⁵ Tiilikka, s. 247.

kästään huono juttu, sillä se mahdollistaa yritysten erilaisuuden huomioon ottamisen esimerkiksi silloin, kun toimijalle riittävän samankaltaista ja siten hyvin sopivaa ”verrokkiryhmää” ei ole löydettävissä. Kuten tutkielmassa tulee ilmi, tuottamusarviointi kuitenkin mahdollistaa jossain määrin myös subjektiivisten tekijöiden huomioon ottamisen, kuten kohonneen tietoisuuden tason. Koska lähtökohtana on kuitenkin objektiivinen arviointi, tulisi myös compliance-ohjelman merkitykseen yrityksen tuottamusarvioinnissa lähtökohtaisesti suhtautua pidättyvästi.

Jos tuottamusarvioinnin lähtökohtana ei voida pitää säädöksiä ja määräyksiä tai vallitsevia käytänteitä, tapahtuu arviointi riskiperusteisesti vapaan harkinnan puitteissa.¹²⁶ Huolellisuusvaatimus muodostetaan neljän osatekijän mukaan, joita sivuttiin jo jakson ensimmäisessä kappaleessa. Näitä ovat vahinkoriski, mahdollisen riskin suuruus, mahdollisuus ehkäistä vahinko ja toimijan mahdollisuudet havaita riski vahingosta. Myös toisintoimimisesta ja vahingon ehkäisemisestä aiheutuvat kustannukset otetaan huomioon. Näitä tekijöitä punnitaan toisiaan vastaan ja ratkaisu muodostetaan kokonaisarvion mukaan. Tähän kokonaisarvioon voidaan yhdistää myös compliance-ohjelma yhtenä osatekijänä, joka korostaa riskiajattelun esiintuomista tuottamusarvioinnissa. Vaatimukset huolelliselle toimimiselle asetetaan yksittäisen tapaus- ja toimijaryhmän mukaan, eikä verrokkina pidetä enää klassiseen tapaan ns. bonus pater familiasta.¹²⁷ Mahdollisuuksia ennakoida riski arvioidaan sen mukaan, mitä toimijan asemassa olevalta voidaan yleisesti olettaa, mutta myös kunkin yksittäisen tapauksen olosuhteiden mukaan.¹²⁸ Riskiperusteisessa arvioinnissa käytetään reaalisia argumentteja ja se johtaa enemmän tapauskohtaisesti asetettavaan huolellisuuden mittapuun asettamiseen kuin esimerkiksi suoraan lainsäädännöstä johdettava huolellisuusvaatimus.¹²⁹

Kuten edellä viitattiin, jos toimija on poikkeuksellisten tietojen ja taitojensa vuoksi ollut tietoinen riskistä, jota hänen asemassaan olevan ei voida olettaa osaavan ennakoida, katsotaan tämä mahdollisesti vahingonaiheuttajan vahingoksi.¹³⁰ Tämänlaiset, tiettyä vahin-

¹²⁶ Hellner – Radetzki, s. 133.

¹²⁷ Hahto, s. 75, ja Mielityinen, s. 313.

¹²⁸ Hahto, s. 78–79.

¹²⁹ Hemmo 1996, s. 95.

¹³⁰ Hahto, s. 78–79.

kotilannetta koskevat ei-yleiset tiedot voivat kiristää tuottamusarviointia. Sen sijaan on vaikiintuneesti katsottu, että jos toimijalla on puutteelliset tiedot ja taidot suhteessa edustamaansa ryhmään, ei tätä voida katsoa hänen edukseen arvioitaessa tuottamuskynnyksen ylittymistä.¹³¹

Tapauksessa KKO 1991:138 B oli kaivanut kaivannon kaupungin ylläpitämään tiehen ja varustanut kaivannon mm. poliisiviranomaisten hyväksymän liikennesuunnitelman mukaisesti varoituskyltein. Lisäksi B:n työntekijä oli käynyt aamuisin ja iltaisin tarkastamassa, olivatko varoituslaitteet vielä paikoillaan. A:n kuljettama auto oli suistunut kaivantoon, kun B:n kaivannosta varoittavat laitteet oli poistettu ulkopuolisen toimesta. Laitteet oli aikaisemminkin poistettu ulkopuolisten toimesta. Kaivanto oli laatunsa ja sijaintinsa vuoksi erityisen suuri vaara liikenteelle, eikä B ollut varustanut kaivantoa sellaisen varoituskyltein, joita ei olisi voinut ilkeällä poistaa. Siten B oli korvausvastuussa A:lle.

Tapauksessa on huomionarvoista se, että yhtiö oli toiminut hyväksytyn toimintasuunnitelman mukaan. Vaaran suuruuden ja ennakoitavuuden takia yhtiöltä olisi kuitenkin odotettu vielä mittavampia toimenpiteitä. Siten yritys ei voi toiminnassaan tuudittautua siihen, että sen toiminnan vastatessa viranomaisen hyväksymää suunnitelmaa, sen ei tarvitsisi ottaa huomioon kasvanutta vahinkoriskiä, varsinkin jos vahinko on hyvin ennakoitava. Yhtiöllä oli ollut tapauksessa korkeampi tietoisuus, kuin mitä ehkä voitiin edellyttää vastaavalta yritykseltä, koska tiedossa oli, että varoituskyltit oli poistettu aikaisemminkin useaan otteeseen.

Tämä voi mielestäni merkitä sitä, että yhtiön toteuttaessa compliance-ohjelmaansa, joka sinänsä varmistaisi yhtiön toiminnan lainmukaisuuden, ei tämä mitenkään voi toimia ainoana vastuun poistavana tai vastuuta kiristävän perusteena. Edellytys riittävistä varotoimenpiteistä ei tyhjene yhteen toimenpiteeseen. Tuottamusarviointi on kokonaisarviointia, jossa tulee ottaa huomi-

¹³¹ Esim. Saxén, s. 33; Hemmo 2005 s. 33 ja Ståhlberg – Karhu, s. 101–102.

oon kaikki vahinkoon vaikuttavat tekijät. Ratkaisu korostaa myös riskin ennakoitavuuden merkitystä, erityisesti kun sitä verrataan tapaukseen KKO 1977 II 84, jossa kaupungin viaksi ei katsottu tuottamusta, kun se oli laittanut kaivannon eteen tavanmukaiset esteet, jotka tuntematon henkilö oli siirtänyt pois, seurauksin, että auto oli suistunut kaivantoon. Jälkimmäisessä tapauksessa vastaavaa ilkivaltaa ei ollut tapahtunut aikaisemmin.

Vaikka tuottamusarviointi voidaan tehdä joko normi- tai riskiperusteisesti, ei näitä voida täysin erottaa toisistaan.¹³² Vaikka normiperusteinen harkinta on selkeästi ensisijaista, varsinkin jos mittapuu tulee laintasoisesta säädöksestä, sekoittuu siihen monesti riskiperusteiseen arviointiin liittyviä piirteitä, johtuen mm. lainsäädännön aukollisuudesta ja monitulkintaisuudesta. Jos normit ovat asettaneen vahingonaiheuttajalle velvollisuuden toimia, ei tämä kuitenkaan pääsääntöisesti voi puolustautua esim. sillä, että normin mukaan toimiminen ei ole kustannusten kannalta tarkoituksenmukaista.¹³³

3.2.1.1. Normin rikkomiseen perustuva vastuu

Jos yritys osallistuu kiellettyyn toimintaan, kuten kartelliin, voi sen johto puolustautua argumentilla, että se on toteuttanut huolellisuusvelvoitteensa riittävällä tavalla ja perustanut compliance-toiminnon valvomaan säädösten noudattamista.¹³⁴ Yritys voi esittää, että aiheutunut rikkomus ja siitä seurannut vahinko on tapaturmainen ja olleet siten yrityksen kontrollin ulottumattomissa. Tulee kuitenkin huomauttaa tässä yhteydessä, ettei rikkomukseen perustuvan vahingonkorvauskanteen yhteydessä arvioitavaa vahingonkorvauksellista tuottamusta ja mahdollisesti erikseen arvioitavaa rikkomuksellisen tai rikollisen toiminnan tuottamuksellisuutta arvioida suoraan samoilla perusteilla. Voi esimerkiksi olla, että teko on säädetty sanktioiduksi vain tahallisenä tekona, mutta vahingonkorvausvastuu syntyy jo silloin, kun toiminta on ollut riittävän huolimatonta. Siten siitä, millainen merkitys compliance-ohjelmalle mahdollisesti on annettu tai annetaan tuomioistuinten tai muun

¹³² Hahto, s. 84.

¹³³ Hemmo 2005, s. 33.

¹³⁴ af Schultén, s. 132.

päättävävaltaa käyttävien instanssien harkitessa julkisoikeudellisten seuraamusten määräämistä, ei voida vetää suoria johtopäätöksiä siviilioikeudellisessa vahingonkorvausasiassa.

Kuten aiemmin on tullut esille, esimerkiksi Suomen osakeyhtiölaissa ei ole asetettu velvoitetta perustaa compliance-toimintaa. Siten laista ei voida hakea suoraa mittapuuta toiminnolle, eikä compliancen asemaa tuottamusarvioinnissa voida muutoinkaan yleisesti perustaa suoraan lainsäädännökseen. Toinen asia on, että joissain säädöksissä on suoraan asetettu yritykselle velvollisuus järjestää jokin toiminto sellaisella tavalla, joka viittaa käytännössä compliance-ohjelman toteutusta vastaavaan toimintoon. Esimerkiksi sijoituspalvelulain (14.12.2012/747) 7:2 §:n mukaan sijoituspalveluyrityksen on järjestettävä toimintansa luotettavasti.¹³⁵ Pykälässä mainitaan toimintaperiaatteet ja menettelytavat, joilla varmistetaan yrityksen toiminnan lainmukaisuus, sekä yrityksen sisäiset valvontamekanismit. Tämä tarkoittaakin käytännössä sitä, että sijoituspalveluita tarjoavan yrityksen tulee perustaa compliance-toiminto.

Useilla aloilla on myös luotu erilaisia alan sisäisiä ohjeita, jotka saattavat sisältää ohjeita liittyen yrityksen compliance-ohjelmaan tai compliance-toimintoon, kuten Arvopaperimarkkinayhdistys ry:n Hallinnointikoodi. Myös Finanssivalvonta on antanut osana määräys- ja ohjekokoelmaansa velvoittavien määräysten ohella myös ei-velvoittavia ohjeita valvotaviensa riskienhallinnan järjestämisestä.¹³⁶ Käytännössä kaikkien yritysten on, vaikka lainsäädännöstä ei tähän velvoitetta tulisikaan, kuitenkin mahdotonta toimia lainmukaisesti, jollei sillä ole edes jotain riskienhallintaa ja toiminnan kontrollia. Siten kaikilta yrityksiltä edellytetään joitain toimia sen edistämiseksi, etteivät yritys, sen johto ja työntekijät riko lainsäädäntöä ja muita määräyksiä.

On selvää, että jos lainsäädännöstä tai normeista seuraa välittömästi velvoite perustaa compliance-toiminto, on sen puuttuminen suoraan normin vastaista, jolloin herää helposti kysymys, onko yritys toiminut riittävän huolellisesti. Jos voidaan katsoa, että tästä laiminlyönnistä aiheutuu vahinkoa esimerkiksi pankin asiakkaalle sen takia, että pankin työntekijä

¹³⁵ Myös esim. luottolaitostoinnasta annetun lain (610/2014) 9:2 §:ssä määritetään riskienhallintajärjestelmälle asetettavat yleiset vaatimukset.

¹³⁶ Esim. FIVA 8/01.00/2014, 4.3, kohdat 15–21.

pyrkii ajamaan omia etujaan tarjotessaan palveluita asiakkaalle, voinee tämä vaikuttaa siihen, miten huolellisuutta arvioidaan. Tällöinkin tulee tosin huomioda, että tuottamusarviointi ei pelkisty pelkästään yleisen tason järjestelyihin, vaan arviointi tehdään aina yksittäistapauksessa siihen vaikuttavien tekijöiden mukaan. Siten vahingonkorvausvastuuta ei synny suoraan compliance-vaatimusten rikkomisesta, vaan edellytetään tuottamusta juuri kyseisen vahingon aiheuttaneen tapahtuman kohdalla. Compliancen laiminlyönti voi viitata tuottamukseen, jos compliance-velvoitteiden laiminlyönnin ja aiheutuneen vahingon välille voidaan perustaa syy-yhteys.¹³⁷ Siten compliancella on tullut pyrkiä juuri kyseessä olevan vahinkotyyppin ehkäisyyn.

Osa näistä edellä mainituista suosituksista (kuten Hallinnointikoodi) toimii ns. comply or explain –periaatteella, eli yhtiön tulee pääsääntöisesti toimia suosituksen mukana, mutta poikkeaminen on mahdollista, jos tämä selitetään hyvillä perusteluilla.¹³⁸ Koodi lienee kuitenkin jonkinlainen mittapuu myös sille, miten huolellisesti koodissa mainittuja asioita hoidetaan isossa yrityksessä, vaikka yhtiö ei olisikaan pörssissä. Myös OECD suosittelee hyvän hallinnon periaatteissaan, että yhtiöiden tulisi varmistaa tehokkailla sisäisillä tarkastuksilla, eettisillä normeilla ja compliance-ohjelmilla, että yhtiön toiminta on lain ja muiden standardien mukaista.¹³⁹ Compliance-toiminnon tulisi periaatteiden mukaan kattaa ainakin lahjonta, korruptio, vakuutukset, kilpailulainsäädäntö sekä työoikeus ja työsuojelu, verotus, ihmisoikeudet, ympäristö, petokset ja rahanpesu.

On kuitenkin kyseenalaista, voidaanko tämänlaisista ohjeista vetää johtopäätöksiä siitä, millainen compliance-ohjelma esimerkiksi olisi pätevä ja tehokas tai millaista huolellista toimintaa ja riskienhallintaa kultakin yritykseltä voidaan edellyttää. Hahto toteaa, että ei-oikeudellisen, toimialakohtaisen sääntelyn rikkominen voisi synnyttää oletuksen siitä, että vahinko on aiheutettu tuottamuksellisesti.¹⁴⁰ Alan asettamat vaatimukset voivat kuitenkin olla korkeampia kuin yleisesti asetetut hyväksyttävät kriteerit tai ne voivat ajaa alan etuja niin, etteivät ne huomioi kolmannen tahon etuja riittävästi.¹⁴¹

¹³⁷ Tähän viittaa riskienhallinnan osalta Virtanen 2011, s. 89.

¹³⁸ Mähönen – Villa, s. 363–364.

¹³⁹ G20/OECD Principles of Corporate Governance, s. 50.

¹⁴⁰ Hahto, s. 73. Yrityksen compliance-ohjeiden rikkominen voisi lieneä samalla periaatteella synnyttää oletuksen tuottamuksesta. Kuten Hahto itsekin toteaa, tuottamusta ei voida kuitenkaan näin yksinkertaistusti kaikissa yksittäistapauksissa rakentaa.

¹⁴¹ Tiilikka, s. 254.

Tilanne on lisäksi mielenkiintoinen esimerkiksi silloin, jos arvioinnin kohteena oleva yritys on listaamaton monikansallinen yritys, jonka compliance-toiminto ei laisinkaan yllä tasolle, jolla muiden vastaavien yritysten toiminto on.¹⁴² Tällöin vaikka lainsäädännöstä tai muista sitovista ohjeista ei suoraan tule velvoitetta järjestää yhtiön huolellista toimintaa compliance-ohjelmalla, voitaisi mittapuuta huolellisuusvelvoitetta varten hakea alan käytännöistä; mittapuu haetaan tällöin vastaavassa asemassa olevista toimijoista. Tällöin se voisi vaikuttaa tuottamusarviointiin heijastellen toista mahdollista toimintatapaa. Listattuja yhtiöitä koskeva Hallinnointikoodikin voisi tällöin toimia jonkinlaisena mittapuuna, vaikka se ei suoraan yhtiötä koskisikaan.

Hahto on esittänyt oikeudellisesti sitovien normien kohdalla, että säännöt, jotka eivät ole yleisesti soveltuvia, voivat lähtökohtaisesti toimia huolellisuuden mittapuuna vain niille, joihin säännöstö on kohdistettu.¹⁴³ Muiden kohdalla tämänlaista säännöstöä voisi pitää standardin luomisessa apuna pääsääntöisesti vain vahingonaiheuttajan eduksi näyttämään, ettei vaadittavaa huolellisuutta ole laiminlyöty. Kun kyseessä olisi ei-oikeudellinen normisto (Hallinnointikoodi), voisi olla perusteltua, että sen käyttäminen apuna huolellisuuden mittapuuta muodostettaessa olisi vielä rajoitetumpaa. Vakiintuneen käytännön kannalta se voisi saada kuitenkin välillistä vaikutusta. Toisaalta myöskään vallitsevaa käytäntöä vastoin toimiminen ei välttämättä ole suoraan tuottamuksellista.¹⁴⁴ Tällöin voitaneekin kuitenkin edellyttää, että jos toiminnasta aiheutuva vahingonvaara kasvaa, edellytetään yrityksen selvittävän toimintaan liittyvät riskit. Tämän kokonaisuuden lähempi tarkastelu voisi olla mahdollisen jatkotutkimuksen aiheena.

3.2.1.2. Hyväksyttävä riskinotto; varautuminen ja vahingon ennakointavuus

Compliance-ohjelmalla yritys pyrkii hallitsemaan riskiä siitä, että yrityksen osoitettaisiin olevan vastuussa esimerkiksi jostain kielletystä menettelystä.¹⁴⁵ Compliance-ohjelman

¹⁴² Tilanne lienee melko hypoteettinen sen vuoksi, että yritys tarvitsee laajentuakseen laajemman rahoituspohjan, jonka voi helpommin hankkia osakkeiden ollessa julkisen kaupankäynnin kohteena.

¹⁴³ Hahto, s. 72.

¹⁴⁴ Virtanen 2011, s. 93.

¹⁴⁵ Virtanen 2003, s. 493.

avulla yritys voi pyrkiä nimenomaan myös näyttämään, että se on tehnyt kaikkensa välttääkseen aiheuttamasta vahinkoa ja varautuakseen sen varalta. Ohjelman avulla yritys voi pyrkiä osoittamaan, että se on tehnyt kaikkensa, mitä siltä voidaan odottaa, jotta yritys ei olisi osallisena vahingollisessa menettelyssä, eikä se siten olisi rikkonut vaadittavaa huolellisuutta. Toisin sanoen, ettei sen toiminta ole ollut tuottamuksellista ja että sen riskinotto on ollut hyväksyttävää, yrityksen toiminta huolellista ja että se on suorittanut ne tarpeelliset varotoimenpiteet, joihin sillä on ollut mahdollisuus ryhtyä. Pyrkimällä osoittamaan, että riittävää varovaisuutta on noudatettu, eikä vahinkoa voitu välttää, viitataan compliance-ohjelmalla riskienjako-oppiin. Jos esimerkiksi työntekijä on toiminut vastoin compliance-ohjelmassa ja siten ehkä myös yrityksessä vakiintuneita menettelytapoja, voi olla aiheellista kysyä, voisiko olla mahdollista, ettei vahinko olisi tehty oikeushenkilön lukuun, kun se on yrityksessä selkeästi kielletty. Tähän tulee kuitenkin suhtautua hyvin torjuvasti työnantajansisijaisesta ja sen omasta tuottamuksesta riippumattomasta vastuusta johtuen. Yksikin vahinkoon johtava teko tai laiminlyönti herättää lisäksi myös epäilyksen siitä, onko huolimaton toiminta yrityksessä kuitenkin tavanomaista.

Perustamalla compliance-toiminnon yritys voi myös pyrkiä näyttämään, ettei sillä ole ainaakaan ollut tarkoitus toimia moitittavasti ja aiheuttaa vahinkoa. Jos yritys dokumentoi tehokkaasti compliance-toimintansa, se voisi osoittaa, millaisia käytäntöjä (kuten sisäisiä tarkastuksia) sillä on moitittavan käyttäytymisen paljastamiseen sekä mahdolliset tämänlaiset tapaukset historiassa ja miten yritys on näihin reagoinut. Sinänsä jos samanlaisia vahinkoja on sattunut aikaisemminkin, voisi tämä olla peruste sille, ettei compliance-ohjelmaa katsota tehokkaaksi ja johtaa siihen, että tuottamusarviointi kiristyy yrityksen kohdalla.¹⁴⁶ Voi olla, että aikaisemmin aiheutuneen vahingon katsotaan edellyttäneen joitain toimenpiteitä sen varalta, ettei vastaavaa enää sattuisi.¹⁴⁷ Jos vahinkoa silti aiheutuu, voisi merkitystä vielä olla sillä, kuinka epätodennäköisenä vahingon toistumista on voitu pitää. Jos toimenpiteitä ei voida edellyttää sillä perusteella, että tapahtunut on ollut hyvin poikkeuksellista, ei arvioinnin kiristymiseen välttämättä olisi perusteita. Jos aikaisempiin vahinkotapauksiin

¹⁴⁶ Tähän viittaa esim. Hellner – Radetzki, s. 33. Jos samanlainen vahinko on sattunut aikaisemmin, ja vahingonaiheuttaja tiesi, tai olisi tullut tietää vahingoista, voi se johtaa siihen, että tälle asetetaan vaatimus ryhtyä sellaisiin vahinkoa ehkäiseviin toimenpiteisiin, joita ei muilta odotettaisi. Tällöin arvioinnissa otettaisi myös subjektiivisia tekijöitä huomioon.

¹⁴⁷ Virtanen 2011, s. 88.

on asianmukaisesti puututtu ja käytänteitä ja ohjeita mahdollisesti muutettu, voisi tämä puoltaa arvioinnin lieventämistä.

Hemmo on maininnut esimerkiksi dokumentaation aseman tärkeänä osana tuotevastuuriskien hallintaa.¹⁴⁸ Dokumentoinnin avulla yritys voi pyrkiä estämään vaatimukset, joissa esitetään tuotteen olevan virheellinen tuotteesta olevan ohjevirheen perusteella. Dokumentoidulla aineistolla olisi merkitystä myös arvioitaessa yrityksen mahdollisuutta saada korvaus tuotevastuuvakuutuksesta vakuutusenantajalta. Dokumentaatiosta ei kuitenkaan olisi apua, jos yksittäinen tuotekappale olisi virheellinen tai tuotteen suunnittelussa olisi merkittävä virhe, jolloin prosesseja koskeva dokumentaatio ei lähtökohtaisesti toisi lisäarvoa yritykselle.

Yritys voisi dokumentoinnilla onnistua osoittamaan, että se, että yritys ei ole pystynyt ehkäisemään moitittavaa menettelyä kyseisessä tapauksessa, on vain ”harmittava yksittäistapaus” eikä vastaa yleistä toimintalinjaa. Tällöin tulisi kuitenkin ottaa huomioon teon moitittavuus, eikä erittäin moitittavassa tai selkeästi tuottamuksellisessa menettelyssä dokumentoinnissa olisi apua. Jo pitkäaikainen compliance-toiminta voisi kuitenkin osoittaa sitoutumista asianmukaiseen käyttäytymiseen. Sillä saattaisi olla merkitystä ainakin yrityksen pyrkiessä saamaan korvausta vastuuvakuutuksestaan. Pöyhönen toteaa, että vahingonkorvausoikeudellisessa todellisuudessa painopiste on siirtynyt nimenomaan varautumiseen eli ennakoivaan ja toimintajärjestelmiin perustuvaan ajatteluun.¹⁴⁹ Vanhakantainen syyllisyyteen ja yksilöön keskittyvä sekä vahingon jälkeen tehtävä arviointi ei olisi enää niin keskeistä. Tähän ajatus compliance-ohjelman merkityksestä yksittäistapauksellisessa tuotamusarvioinnissakin istuukin hyvin.

Toisaalta compliance-ohjelma voi toimia tekijänä, joka osoittaa, että yrityksen toiminta on ollut erityisen moitittavaa, jos ohjelmaa ei noudateta asianmukaisesti sen olemassaolosta huolimatta.¹⁵⁰ Compliance-ohjelman noudattamatta jättäminen voi osoittaa, että yritys on toiminut vilpillisesti. Jos mittapuuta huolellisuusvelvoitteelle ei ole löydettävissä normeista, voidaan yrityksen omaa compliance-ohjelmaa käyttää apuna osoittamaan, mikä olisi ollut se vaihtoehtoinen toimintatapa tai menettely, mitä yrityksen olisi tullut seurata

¹⁴⁸ Hemmo 2004 b, s. 38.

¹⁴⁹ Pöyhönen, s. 85.

¹⁵⁰ Aine, s. 609 alaviite.

ja jota se olisi voinut seurata.¹⁵¹ Toisaalta esimerkiksi tilanteessa, jossa yrityksen työntekijä on rikkonut yrityksen sisäisiä standardeja, mutta ei kuitenkaan syylistynyt oikeudellisten normien rikkomiseen, voisi compliance-ohjelma toimia suojana arvioitaessa yrityksen vastuuta korvauksesta.¹⁵² Toisaalta tulee myös tunnistaa ja tunnustaa se tosiasia, ettei mikään tehokkainkaan ohjelma voi ehkäistä yritystä syylistymästä mihinkään moitittavaan käyttäytymiseen. Kaikkien riskien poistaminen onnistunee vain lopettamalla liiketoiminta.

KKO 1986 II 123. Sähkölaitoksen muuntamon toisen oven kohdalla ei ollut säädettyä sähkölaitteen vaarallisuudesta varoittavaa taulua. Sähkölaitoksen käytön johtaja tuomittiin rangaistukseen sähkölaitteita ja -laitteistoja koskevien säännösten rikkomisesta. Taulujen puutteen havaitsemiseksi ja korjaamiseksi ei sähkölaitoksessa ollut menettelyohjeita. Sähkölaitoksessa ei ollut yleisohjeita sen varmistamiseksi, että asianmukaiset varoitustaulut asennettiin, että niiden paikalla oloa valvottiin ja että puuttuva taulu viivytyksettä korvattiin uudella, eikä sähkölaitoksen käytön johtaja myöskään ollut ryhtynyt erityisiin toimiin kysymyksessä olevan muuntamon varoitustaulujen tarkistamiseksi. Siten hän oli rikkonut kauppa- ja teollisuusministeriön antamaa päätöstä sähköturvallisuusmääräyksistä. A:n edellä kuvattu laiminlyönti oli vaikuttanut B:n vammojen aiheutumiseen, mutta näiden välillä ei kuitenkaan ollut sellaista syy-yhteyttä, että A olisi aiheuttanut B:n vammat huolimattomuudellaan tai varomattomuudellaan.

Tapauksessa on huomionarvoista, että velvoite varoitustaulujen asentamiseen perustui ministeriön päätökseen ja että merkityksellistä oli, ettei menettelyohjeita tapauksessa esitettyjen puutteiden huomaamiseksi ja korjaamiseksi ollut. Kuten edellä on jo tullutkin esille muiden tapausten yhteydessä, menettelyohjeilla voi olla

¹⁵¹ Tähän mahdollisuuteen viittaa Yhdysvaltojen osalta esim. Pitt – Groskaufmanis, s. 1606 alaviitteineen. Kirjoittajat viittaavat myös siihen, että tuomioistuimet ovat jopa löytäneet helpommaksi käyttää tällä tavalla code of conducteja yrityksiä vastaan.

¹⁵² Pitt – Groskaufmanis, s. 1609. Tässä kirjoittajat viittaavat työnantajan vastuuseen työntekijän teosta tai laiminlyönnistä ja siihen liittyvään vaatimukseen siitä, että teko tai laiminlyönti on ollut työnteon piirissä, johtuen työstä. On kuitenkin mielestäni hankalaa nähdä, että tämä voisi toimia Suomessa työnantajan vastuun poistavana tekijänä. Jos työntekijä virheellään aiheuttaa vahingon työssä, on työnantaja tästä vastuussa (Vahl 3:1 §) ja vaatinee melko paljon, että työnantajan osoittaisi olleensa riittävän huolellinen. Sisäisillä standardeilla saattaisi kuitenkin olla jonkinlaista vaikutusta kokonaisarviossa siitä, että työntekijän osaksi katsottaisiin lievää suurempaa tuottamusta.

arvioinnissa merkitystä. Tilanne olisi voinut olla erilainen esimerkiksi silloin, jos sähkölaitoksen johtaja olisi menettelyohjein varmistanut varoitustaulujen puutteen havaitsemisen ja asentamisen, mutta niitä ei yksittäistapauksessa jostain syystä olisi silti asennettu. Saattaisi tällöin olla mahdollista esittää, ettei sähkölaitoksen puolella ollut tuottamusta, koska vahinko oli sattunut ohjeista huolimatta ja oli siten ennakoimaton vahinko, jonka varalta ei voinutkaan varautua.

Tapauksessa KKO 2000:69 oli kyse pankin vahingonkorvausvaatimuksesta pankin entiselle pääjohtajalle ja johtokunnan puheenjohtaja A:lle ja johtokunnan muille entisille jäsenille. Korvausvaatimuksen perusteena oli tehdyt luottopäätökset, ja pankki esitti, että vastaajat olivat rikkoneet Suomen Pankin antamaa kiinteistösijoitukset kieltävää ohjeistusta, johtokunnan päätöstä, jolla pankki oli sitoutunut noudattamaan tätä ohjeistusta sekä pankin omia määräyksiä. Tapauksessa oli kyse muutamasta eri luottopäätöksestä. Johtokunnan jäsenet olivat osaa luottopäätöksistä tehdessään toimineet vastoin pankissa voimassa olleita luoton myöntämistä koskevia määräyksiä, joilla pankki oli pyrkinyt turvaamaan riskinoton perusteellisen harkinnan. Heidän menettelynsä oli näin ollen ollut sellaista, että sen johdosta aiheutuneesta vahingosta yleensä seuraa korvausvelvollisuus.

Erityisen mielenkiintoista on esittelijänä toimineen mietintö, jossa esittelijä toteaa seuraavaa. A ja B ovat luottopäätökset tehdessään toimineet vastoin pankissa voimassa olleita luotonmyöntämisvaltuuksia koskevia määräyksiä, joilla pankki on pyrkinyt turvaamaan riskinoton perusteellisen harkinnan. Nämä määräykset ovat muodostaneet pankin riskienhallinnan keskeisen keinon. Määräysten tarkoitus ja merkitys huomioon ottaen niiden vastainen menettely on ollut kiellettyä riskinottoa, jonka seurauksena aiheutuneesta vahingosta päätökset määräysten vastaisesti tehneet A ja B ovat korvausvastuussa.

Tapauksessa arvioinnin kohteena ei ollut pankin sisäisten ohjeiden merkitys pankin vahingonkorvausvastuuseen toista osapuolta kohtaan, vaan pankin johtokunnan vastuu pankkia kohtaan. Silti tapauksessa esitetylle harkinnalle voitaneen antaa jostain merkitystä arvioitaessa ohjeiden merkitystä myös ensiksi mainitussa tilanteessa. Compliance-ohjelma voi olla yritykselle hyvin keskeinen keino hallita riskejä ja compliance-ohjeessa asetetut toimintatavat voivat muodostaa huolellisuuden

mittapuun, johon toimintaa yrityksessä voidaan verrata. Compliance-ohjeen rikkomisen voi siten näyttäytyä kiellettynä riskinottona vaikuttaen tuottamusarviointiin ja siten johtaa korvausvastuuseen.

Tuottamuksen astetta arvioidaan vahingonkorvausoikeudessa objektiivisesti, ei vahingon aiheuttajan subjektiivisiin tietoihin ja taitoihin perustuen.¹⁵³ Toisaalta tuottamuksen astetta arvioitaessa tekijän subjektiivisille tiedoille riskistä ja kykeneväsyydestä ymmärtää riskiä vahingon aiheutumiseksi voidaan antaa merkitystä.¹⁵⁴ Jos toimija tietoisesti rikkoo sisäisiä ohjeistuksiaan, voi sillä olla siis merkitystä esimerkiksi sen takia, koska voidaan olettaa, että hän todella on tietoinen niistä. Lisäksi compliance-ohjelmalla elinkeinoharjoittaja voi käytännössä hankkia tietoa, jota samaan toimijaryhmään kuuluvalla ei olisi. Tämän mahdollista merkitystä tuottamusarviointia kiristävänä tekijänä käsitellään jaksossa 3.2.1.3. Selonottovelvollisuus ja tietoisuus.

Riskiperusteisessa tuottamusarvioinnissa ei, kuten aikaisemmin on viitattu, tarkastella sitä onko toiminta ollut jonkun normin vastaista, vaan tarkastellaan, mitä riskejä toimintaan liittyy ja kuinka hyviä perusteluita toimija voi esittää ottamilleen riskeille. Yrityksen tulee kartoittaa toimintaansa koskevat riskit, olla kykenevä kontrolloimaan niitä sekä tarpeen vaatiessa kannettava vastuu ottamistaan liiallisista riskeistä.¹⁵⁵ Arvioitaessa sitä, olisiko yritys voinut välttää vahingon, tulee ottaa huomioon toimijan mahdollisuudet käytännössä välttää vahingon aiheutuminen tai ainakin pienentää sitä.¹⁵⁶ Tällöin voidaan ottaa huomioon myös yrityksen taloudelliset resurssit. Panostamalla riskienhallintaan yritys voisi onnistua esittämään, että se on toiminut niin huolellisesti kuin suinkin on mahdollista ja varautunut vahinkojen varalta riittävissä määrin.¹⁵⁷

Aina ei välttämättä ole mahdollisuutta torjua riskiä, koska toista vaihtoehtoista toimintatapaa ei ole. Jos kyseessä on vahinkoriskiltään pieni riski ja vahinko on laadultaan taloudelli-

¹⁵³ Ståhlberg – Karhu, s. 101–102.

¹⁵⁴ Hemmo 1996, s. 109.

¹⁵⁵ Aine, s. 400.

¹⁵⁶ Saxén, s. 13.

¹⁵⁷ Virtanen 2011, s. 57.

nen, voidaan mahdollisille vahingonkärsijöille helpommin asettaa velvollisuus ottaa kantaan tähän kyseinen riski.¹⁵⁸ Tällöin potentiaalisen vahingonaiheuttajan ei tarvitsisi luopua toiminnastaan, josta on saatavissa hyötyä. Tulee kuitenkin muistaa, että vahingonkorvausoikeuden tarkoituksena on myös jakaa riskiä oikeudenmukaisesti. Lähtökohtana on se ajatus, että oikeudenmukaisuus ei toteudu vahingonkärsijän joutuessa ottamaan kantaan riskin toisen moitittavasta käyttäytymisestä.¹⁵⁹ Varsinkin taloudellisten vahinkojen kohdalla liiketoiminnan ollessa kyseessä, on suhtauduttava vahingonkärsijän riskinkantovelvollisuuteen poikkeuksellisen vaihtoehtona.¹⁶⁰ Jos vahingonkärsijänä on toinen oikeushenkilö, voisi vahingonkärsijän vahingonkantovastuu potentiaalisesti tulla kyseeseen, jos vahingonaiheuttajan compliance-ohjelmaan olisi varotoimenä asianmukaisesti panostettu, eikä toiminnasta pidättäytymistään voitaisi edellyttää.

Riskiperusteiseen tuottamusarviointiin voidaankin yhdistää vahingonkorvausoikeudessa kehittynyt käsite ns. Learned Hand -kaavasta.¹⁶¹ Kaavan mukaan vahingonaiheuttajan toiminta katsotaan tuottamukselliseksi, jos vahingon todennäköisyyden ja odotettavissa olevan vahingon tulo ylittää ne kustannukset, jotka syntyisivät vahingon välttämiseksi. Tämä tarkoittaa, että yrityksen tulee ryhtyä sellaisiin varotoimenpiteisiin, jotka eivät kustannuksiltaan ylitä vahingosta aiheutuvia kustannuksia ottaen huomioon vahingon määrä ja sen todennäköisyys. Jos siis toimintaan liittyy huomattavan suuri vahinkoriski, vaaditaan toimijalta kaavan mukaan suurempia toimia vahingon estämiseksi, jotta tuottamuskyynnys ei ylittyisi. Jos yritys on panostanut vaikuttavaan compliance-ohjelmaansa riittävästi suhteessa sillä hallinnoitaviin riskeihin, saattaisi olla, että tämä katsottaisi yrityksen eduksi.

Riskiperusteinen arviointitapa liittyy vahingon ennakoitavuuteen.¹⁶² Compliance-ohjelman perustaminen edellyttää asianmukaisesti tehtyä etukäteistä riskikartoitusta. Tällöin yleinen käytäntö on, että yritys pyrkii asettamaan löytämänsä riskit kartalle siinä suhteessa, mikä

¹⁵⁸ Hahto, s. 84.

¹⁵⁹ Tiilikka s. 242–244.

¹⁶⁰ Tällöin voinee olla hyvinkin mahdollista, että vahinko on aiheutettu oma (yrityksen) intressi edellä. Intressipunninnasta Hellner – Radetzki, s. 137–140. Kirjoittajat suhtautuvat pääosin torjuvasti mahdollisuuteen ottaa intressit huomioon tuottamusarvioinnissa.

¹⁶¹ Hemmo 2005, s. 31.

¹⁶² Hahto, s. 29.

riskin suuruus on ja toisaalta, kuinka todennäköistä on, että riski toteutuu, eli kuinka vaikuttava riski on.¹⁶³ Jos yritys suorittaa riskianalyysinsä huolellisesti ja toimii sitten laatimensa asianmukaisten ohjeiden mukaan, sillä saattaisi olla vaikutusta sen takia, että se osoittaisi vahinkoriskin olleen hyvin pieni ja yrityksen siten vain toimineen sen mukaisesti. Lisäksi hyvin suoritettu riskianalyysi osoittaa myös perusteltua harkintaa ennen ryhtymistä toimintaan.

Toisaalta compliance-ohjelma voisi osoittaa, että yritys on voinut ennakoida vahingon, vaikka ilman compliance-ohjelmaa sitä ei oltaisi ennakoitu. Tämä voidaan katsoa tuottamusarvioinnissa yrityksen vahingoksi.¹⁶⁴ Jos yritys esimerkiksi on perustanut kilpailunrajoituksia koskevan compliance-ohjelman, se voisi osoittaa, että siihen kohdistuvat väärinkäytökset ovat ainakin jossain määrin olleet ennakoitavia, koska se on ylipäättänsä varautunut tämänlaisten vahinkojen varalta. Hahto on tuonut esiin Vinding Krusen huomion siitä, miten vahingon ennakoinnattomuutta on käytetty korvausvastuusta vapauttavana perusteena tanskalaisissa tuomioissa.¹⁶⁵ Tällöin ollaan viitattu joko siihen, että vaaraa ei ole voitu huomata tai että joka tapauksessa vahingonaiheuttajan ei ole tarvinnut ottaa vaaraa huomioon, koska se on ollut niin pieni.

Ratkaisussa KKO 1982 II 135 yhdistyksen pihamaalla hoidettavana ollut lapsi oli satuttanut silmänsä roikuttuaan kuusen oksaan kiinnitetyssä köydessä ja oksan osuttua lapsen silmään. Köysi oli ollut paikallaan ainakin pari vuotta ja lapset olivat leikkineet sillä. Yhdistys oli päivähoitopaikanpitäjänä velvollinen huolehtimaan tilojensa ja leikkivälineiden turvallisuudesta. Yhdistyksen olisi tullut huomioida oksasta aiheutuva vahinkoriski. Koska ei näytetty, että yhdistys olisi ryhtynyt asianmukaisiin toimenpiteisiin vahinkovaaran poistamiseksi, yhdistys oli vahingonkorvausvastuussa.

Tapauksessa KKO ei ota kantaa, mitä asianmukaiset toimenpiteet vahinkovaaran poistamiseksi olisivat voineet olla. Vasta vahingon aiheutumisen jälkeen oksa oli katkaistu. Yritys on vastuussa toimintansa lain- ja muiden sääntöjenmu-

¹⁶³ Whalley – Guzelian, s. 54–57.

¹⁶⁴ Tähän viittaa Pitt – Groskaufmanis, s. 1608 alaviitteineen.

¹⁶⁵ Vinding Kruse, s.224, johon viittaa Hahto, s.34.

kaisuudesta ja tämän velvoitteen rikkomisesta aiheutuvista vahingoista. Compliance-ohjelmalla yritys voi helpommin havaita toimintaansa kohdistuvat vahinkoriskit ja mitoittaa asianmukaiset toimenpiteet näiden poistamiseksi ja hallitsemiseksi. Tuomioistuimien voisi harkinnassaan ottaa ohjelman huomioon arvioi-
dessaan ”asianmukaisia toimenpiteitä”.

Tapauksessa KKO 2003:70 oli kyse kuntosalinpitäjän vastuusta henkilövahingosta, joka oli aiheutunut kuntosalin asiakkaan käyttäessä kuntosalilla ollutta step-lautaa, joka oli liukunut asiakkaan alta sen vuoksi, ettei sen jaloissa ollut ollut liukuesteita. Korkein oikeus totesi, että salinpitäjä voisi huolehtia siitä, että asiakkaiden käytössä on salinpitäjän kutakin käyttökertaa varten tarkastamia lautoja. Ainakin salinpitäjän tulisi huolehtia siitä, että käyttäjiä varoitetaan tai ohjeistetaan siten, että olisi mahdollista turvata lautojen asianmukainen ja turvallinen käyttö. Kuntosalinpitäjä ei ollut huolehtinut, että step-laudat olisi asianmukaisesti tarkastettu kutakin kertaa varten tai että asiakkaiden turvallisuudesta olisi huolehdittu edellä mainitulla tavalla. Siten yhtiö oli korvausvastuussa A:lle aiheutuneesta vahingosta.¹⁶⁶

Compliance-ohjelman kannalta relevanttia tapauksessa on mielestäni se, että compliance-ohjelman avulla yritys voi varautua riskiin lainvastaisen toiminnan aiheuttamasta vahingosta. Sen avulla yritys voi pyrkiä ohjeistamaan työntekijöitään ja sidosryhmiään niin, ettei vahinkoa aiheutuisi. Toisaalta voitaisi tapauksen pohjalta kuitenkin pohtia myös sitä, millainen vaikutus olisi ollut sillä, jos yrityksellä olisi ollut käytössään kattavat toimintaohjeet työntekijöilleen tapauksessa kuvatus vahinkoriskin pienentämiseksi ja vahinko olisi siitä huolimatta aiheutunut asiakkaalle. Jos katsottaisiin, ettei kuntosalilta olisi voitukaan edellyttää mittavampia varotoimenpiteitä, vaan huolellisuuden mittapuu olisi ”tullut täytettyä”, ei vastuun perusteita muodostuisi yksittäistapauksessakaan. Kyseessä oli sopimukseen perustuva vastuu.

¹⁶⁶ Ratkaisussa otettiin huomioon myös asiakkaan myötävaikutus vahinkoon.

Yhdysvalloissa esimerkiksi tapauksessa *Perez v. Z Frank Oldsmobile, Inc.*, 223 F.3d 617, 621 (7th Circuit 2000)¹⁶⁷ oli kyse vahingonkorvauskanteesta¹⁶⁸ sillä perusteella, että auton kilometrimittaria oli peukaloitu. Tuomioistuimen ratkaisuharkinnasta käy ilmi, että Z Frankilla ei ollut käytössään minkäänlaisia prosesseja, joilla se olisi voinut välittää informaation huoltomiehiltään eteenpäin, vaikka johdon on tullut ymmärtää, että tällainen vaillinaisuus voi johtaa siihen, että yhtiön myyntiorganisaatio syyllistyy harhaanjohtamiseen kuvaillessaan autoa. Tästä voisi vetää sen yksinkertaistavan vastakohtapäätelmän, että jos yrityksellä olisi ollut tehokas ja asianmukainen ohjelma, yrityksen johto olisi voinut luottaa siihen, että tieto mekaanikoilta välitetään myyjille.

Ratkaisussa KKO 1992:123 oli kyse kiinteistön omistajan vastuusta. A oli kärsinyt vahinkoa sairaalassa ollessaan, kun hänen poistuessa sairaalan parvekkeelta parvekkeen ovi oli paiskautunut kiinni ja A:n sormet olivat vammautuneet niiden jäätyä karmin ja oven väliin. Tapauksessa raastuvanoikeus otti arviossaan huomioon sen, ettei Kuntainliitto ollut näyttänyt, että se olisi ryhtynyt asianmukaisiin toimiin tällaisen tapauksen estämiseksi, tai että onnettomuus olisi sattunut, vaikka ovi olisikin varustettu asianmukaisin turvalaittein. Korkein oikeus ei ottanut kuitenkaan tähän asiaan sinänsä kantaa, vaan katsoi, että vahinko oli siinä määrin ennalta-arvaamaton, ettei Kuntainliitolla ollut ollut velvollisuutta varautua sen varalta, joten se ei sairaalan ylläpitäjänä ollut toiminut huolimattomasti. Arviossa painoi myös se, vahingon välittömänä aiheuttajana oli äkillinen tuulenpuuska, eikä ovesta tai sen avautumismekanismeissa ollut ilmennyt vikaa.

Tässä ratkaisussa tulee kootusti ilmi kaksi vahingonkorvausoikeudellista periaatetta, johon compliance-ohjelman merkitys tuottamusarvioinnissa voidaan liittää. Ensinnäkin raastuvanoikeuden päätöksessä mainittu mahdollisuus siitä,

¹⁶⁷ Tapaukseen viittaa Fatino, s. 97.

¹⁶⁸ Tässä harkinnassa oli kyse todellista aiheutunutta vahinkoa hyvittävästä compensatory damage claimista, erotukseksi punitive claimista. Punitive claimilla, kuten tapauksessa ilmenee, käytetään rangaistusluonteisesti, pelotteluvaikutuksen saamiseksi myös muille kuin vahingonaiheuttajalle. Edellytyksenä voidaan pitää räikeää välinpitämättömyyttä vahingonkärsijän oikeuksia kohtaan. Tällöin maksettava korvaus voi ylittää todelliset vahingot huomattavasti.

että jos Kuntainliitto olisi onnistunut näyttämään, että se oli ryhtynyt asianmukaisiin varotoimiin tai että vaikka varotoimiin olisi ryhdytty ja vahinko olisi silti aiheutunut, olisi tämä vaikuttanut huolellisuusarvioinnissa Kuntainliiton eduksi. Vaikuttavalla compliance-ohjelmalla yritys voi pyrkiä osoittamaan juuri näitä seikkoja. Tulee kuitenkin muistaa se kääntöpuoli, että varotoimenpiteitä ei välttämättä kuitenkaan katsota riittäviksi. Lisäksi ilmi tulee tuottamusarviointiinkin liitettävä edellytys ennakoitavuudesta. Vahingon ollessa niin ennalta-arvaamaton ja olosuhteista johtuva, ettei siltä varautumista voida edellyttää, ei vastuuta synny. Myös tähän voidaan siis compliance-ohjelmalla iskeä osoittaen, että vahinko ei ole ollut ennakoitavissa, vaikka asianmukaisiin toimiin on ryhdytty.

Edellä käsiteltyjä vuoden 1982 ja 2003 tapauksia yhdistää se, että niissä vahingonaiheuttaja oli tehnyt liian vähän, toisin sanoen ”aktiivisesti” laiminlyönyt velvollisuutensa toimia. Ok-salle olisi tullut tehdä jotain, liukusteiden aiheuttamalle vaaralla tehdä jotain. Vahingonkorvausvastuu voi siis syntyä teon lisäksi laiminlyönninkin perusteella.¹⁶⁹ Tosin vastuun perustuessa laiminlyöntiin edellytyksenä on, että toimijalle on ollut jollakin perusteella erityinen velvollisuus tehdä jotain, joten varsinainen huolimaton laiminlyönti vastuuperusteena on poikkeuksellisempi kuin aktiiviseen tekemiseen kohdistuva laiminlyönti.¹⁷⁰ Vuoden 1992 tapauksessa tämä tuleekin ilmi; Kuntainliitolle ei ollut erityistä toimimisvelvollisuutta. Onkin mielenkiintoista compliance-ohjelman osalta pohtia, missä tilanteessa se, ettei yrityksellä lainkaan ole compliance-toimintaa voisi johtaa tuottamuskynnyksen ylittymiseen.

Tapauksessa KKO 1981 II 84 A oli seurannut voimistelu- ja urheiluseura B:n järjestämää lentopallo-ottelua. A:n ollessa istuutumassa paikalleen katso-mossa, oli pelaajan potkaisema lentopallo osunut A:n silmään niin, että silmä oli pysyvästi sokeutunut. Korkein oikeus pysyi käräjäoikeuden kannassa. Vahinko ei ollut ennalta-arvattava, koska lentopallopelissä ei tyypillisesti sattunut tällaisia vahinkoja. Seura ei myöskään ollut laiminlyönyt yleisön turvallisuuden huolehtimisesta, kun katsomon sijoitus vastasi yleisön turvallisuudelle kohtuudella asetettavia vaatimuksia. Siten seura ei ollut vahingonkorvausvastuussa.

¹⁶⁹ Saxén, s. 41.

¹⁷⁰ Tähän viittaa esim. Hellner – Radetzki, s. 111.

Merkityksellistä yllä mainitussa vuoden 1981 tapauksessa oli, että vahinko oli ennalta-arvaamaton, ottaen huomioon pelivälineen laatu, pelitapahtumien luonne ja olosuhteet lentopallo-otteluissa yleensä. Compliance-ohjelman osalta voitaisi olla kiinnostuneita ohjelman laadusta, yrityksen liiketoiminnan luonteesta sekä siitä, millaisissa olosuhteissa aiheutuneet vahingot yleensä aiheutuvat ja missä olosuhteissa tarkastelun kohteena oleva vahinko on aiheutunut. Ståhlberg ja Karhu ovat korostaneet vahingon aiheuttavan tapahtuman ja sen aiheuttajan käyttäytymisympäristöä tuottamusarvioinnissa.¹⁷¹ Olosuhteet ja harjoitettavan liiketoiminnan luonne määräävät jo jonkin verran vahingon käyttäytymisympäristöä, kuten myös compliance-ohjelman sisältämät käyttäytymissäännöt.

Seuraava merkityksellinen huomio on se, että turvallisuudelle asetettuja edellytyksiä ei oltu laiminlyöty. Tämä voisi vastata riskienhallinnalle tai compliance-toiminnolle kohtuudella asetettavia edellytyksiä. Jos compliance-ohjelma on kohtuullinen ottaen huomioon sen tarkoitus yrityksen säännönmukaisen toiminnan edistäjänä, voisi sillä olla merkitystä tuottamusarvioinnissa. Toisaalta, vaikka ohjelmaa ei olisikaan, mutta toiminta silti kohtuudella täyttäisi toiminnalle asetettavat vaatimukset, ei yksistään compliance-ohjelman puutetta voitaisi nähdä vahingonaiheuttajan viaksi. Tulee kuitenkin huomioida, ettei tapauksesta voida suoraan vetää tämänlaisia johtopäätöksiä, vaan voidaan pohtia vain tapauksen mahdollisia merkityksiä argumentointiapuna.

3.2.1.3. Selonottovelvollisuus ja tietoisuus

Huolellinen toimija ottaa selville, millaista huolellisuutta häneltä odotetaan tai voidaan odottaa.¹⁷² Siten elinkeinonharjoittajan tulee selvittää, miten huolellisesti toimiva ja asiantunteva elinkeinonharjoittaja kussakin tilanteessa toimisi. Elinkeinonharjoittajalla on siten selonottovelvollisuus; velvollisuus hankkia riittävästi tietoa toimintaansa kohdistuvista riskeistä ja odotuksista. Tuottamus edellyttää siten sitä, että yritys on käsittänyt tai ainakin

¹⁷¹ Ståhlberg – Karhu, s. 103.

¹⁷² Virtanen, 2003. s. 490.

sen olisi tullut käsittää tai huomata, että toimintaan liittyy riski vahingosta.¹⁷³ Tuottamuk-
sen perusteiden lähtökohdatkin voidaan yksinkertaistaa siihen velvollisuuteen, joka liittyy
velvollisuuteen selvittää toimintaan liittyvät riskit etukäteen.¹⁷⁴

Riskien selvittäminen edellyttää ymmärrystä voimassa olevasta oikeudesta seuraavista vel-
voitteista. Jos yritys laiminlyö velvollisuutensa ottaa selvää asioista ja hankkia tietoa, voi-
daan hänen katsoa toimineen tuottamuksellisesti, jos huolellisesti toimiva verrokkielinkei-
nonharjoittaja olisi nämä tiedot hankkinut.¹⁷⁵ Tietämättömyys laista ei siis vapauta vas-
tuusta. Tämä ilmenee myös tapauksessa KKO 2001:134, jossa korkein oikeus totesi, että
”oikeusjärjestyksemme mukaan tietämättömyydelle oikeussäännöksestä ei --- pääsääntöi-
sesti anneta merkitystä”. Kuten aikaisemmin on mainittu, voidaan kuitenkin epäselvyys to-
siseikoista ottaa huomioon arvioitaessa tuottamuksesta vapauttavia perusteita, mikä ilme-
nee tapauksesta KKO 1997:103, jota tarkastellaan lähemmin tuottamuksen asteita käsitel-
täessä.

Yrityksellä voidaan katsoa olevan ankarampi selonottovelvollisuus kuin yksityisillä henki-
löillä; yrityksen tulee lähtökohtaisesti selvillä siitä, mikä on sitä koskevan lainsäädännön ja
oikeuskäytännön sisältö.¹⁷⁶ Tähän liittyy oletus siitä, että yrityksellä on yksilöä paremmat
mahdollisuudet selvittää voimassaolevan oikeuden sisältö.¹⁷⁷ Mäkelä ei rajaa voimassaole-
vaa oikeutta vain lainsäädäntöön, vaan asettaa velvollisuuden olla tietoinen myös voimassa
olevaan oikeuteen sisältyvistä periaatteista.¹⁷⁸ Siten esimerkiksi vaikka normi olisi epäselvä
tai epätasällinen, voitaisi katsoa, että periaatteisiin nojautuen soveltamisratkaisu olisi
kohtuudella toimijan ennakoitavissa. Tosin on myös tilanteita, joissa oikeustila on aidosti
epäselvä, kunnes lainsäädäntöä korjataan. Määritettäessä sitä, miten huolellinen toimija
toimisi, voidaan tulkinta-apua hakea tätä koskevasta lainsäädännöstä sekä vakiintuneista

¹⁷³ Saxén, s. 9.

¹⁷⁴ Virtanen 2011, s. 93.

¹⁷⁵ Tarpeetonta lienee tuoda esille, että vaikka verrokkielinkeinoharjoittajien keskuudessa olisi kehittynyt
tapa, ettei lainsäädännöstä ja muista velvoitteista olla kiinnostuneita, ei tämä voisi toimia yksittäisen yrityk-
sen puolustuksena. Kuitenkin esim. KKO:n ratkaisussa 1997:111 otettiin huomioon sovittelua puoltavana
tekijänä sallitun riskinoton ylittämistä huolimatta se, että pankkien käytännössä oli teon aikaan yleistä
ottaa varsin suuria riskejä. Siten tämänlaisella käytännöllä voi olla merkitystä ainakin sovittelun edellytysten
arvioinnissa.

¹⁷⁶ Aine, s. 400–404.

¹⁷⁷ Selonottovelvollisuuden määrittämiseen viittaa Mäkelä, s. 207.

¹⁷⁸ Mäkelä, s. 9.

tavoista.¹⁷⁹ Yritykseltä voitaneen edellyttää, että se ymmärtää selvittää tarpeen vaatiessa lain sisältöä myös myös lainvalmistelu-aineistosta ja oikeuskirjallisuudesta, jolloin oikeustilan muutoskin saattaa olla ennakoitavissa.¹⁸⁰ Ottaen huomioon tämä, sekä se, että yrityksen oletetaan hallitsevan toimintaansa liittyviä riskejä, voidaan katsoa, että elinkeinonharjoittajan kohdalla tuottamuskynnys on matalammalla kuin luonnollisen henkilön kohdalla ja vastaavasti tuottamusarviointi ankarampaa.

Esimerkiksi kilpailuoikeudelliseen sääntelyyn liittyy tiettyjä erityispiirteitä, kuten se, että sääntöjen täsmällisyys, selkeys ja tarkkarajaisuus vaihtelevat ja se, että ne määräytyvät usein tarkemmin vasta oikeuskäytännössä.¹⁸¹ Lievään huolimattomuuteen voi viitata esimerkiksi se, että vahingonaiheuttaja on pyrkinyt oikean (norminmukaisen) menettelytavan valintaan ja niiden olosuhteiden vaikeus, joissa yritys toimii (lainsäädännön epäselvyys), on vaikuttanut vahingon aiheutumiseen. Esimerkiksi määräävä markkina-asema on yleinen, kaikkeen yrityksen toimintaan liittyvä käsite ja voi olla hankalampaa ennustaa, mitä kaikkia toimia yritykseltä odotetaan, jottei se syylisty määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön tai edes sitä, milloin määräävä markkina-asema on kyseessä, vaikka yritys sinänsä olisikin selvittänyt, mitä eri oikeuslähteet määräävästä markkina-asemasta säättävät tai toteavat. Sen sijaan kartelli on usein selkeämpi tapaus, joten yrityksen odotetaan olevan tietoinen siitä, milloin se syylistyy kartelliin.

Toisaalta epävarmassa tilanteessa voidaan myös olettaa, että toiminnan tulee olla erityisen huolellista.¹⁸² Siten esimerkiksi oikeustilan ollessa epävarmaa tai soveltamiskäytännön puuttuessa voitaisi edellyttää mahdollisimman huolellista ja varovaista toimintaa. Siten kyseessä voisi olla tuottamuksellinen toiminta, jos epäselvässä tilanteessa voidaan katsoa toimitun liian rohkeasti ja syylistytyn liialliseen riskinottoon. Lisäksi lainsäädännön aukollisuus tai säännösten avoimuus ei tee oikeustilaa vaikeaksi siten, että esimerkiksi oikeuserehdys katsottaisiin vähemmän moitittavaksi.¹⁸³ Vaikka tarkan soveltamistuloksen ennakoiminen onkin sääntelyn epätäsmällisyyden tai avoimuuden vuoksi vaikeampaa, voi

¹⁷⁹ Aine, s. 398–399.

¹⁸⁰ Oikeustilan muutoksen ennakoitavuudesta Mäkelä, s. 214–215. Mäkelä viittaa myös siihen, että suuren yrityksen voidaan edellyttää hankkivan tietoa oikeuden sisällöstä käyttämällä asiantuntijaa, Mäkelä s. 233–234.

¹⁸¹ Esim. Aine, s. 401 ja Virtanen 2003, s. 490–491.

¹⁸² Virtanen 2011, s. 107.

¹⁸³ Mäkelä, s. 213.

toimija säännöksen avoimuuden perusteella myös ymmärtää, että se antaa tuomioistumelle laajan harkintavallan, jolloin toimija voi mitoittaa toimensa ottaen tämän huomioon. Mahdollista kuitenkin on, että jos soveltamisratkaisu ei olisi kohtuullisesti toimijan ennakoitavissa, sillä voisi olla merkitystä arvioinnissa.

Tulee siten pitää auki myös se mahdollisuus, ettei yrityskään aina voi täysin selvittää, onko sen toiminta lainmukaista, kuten juuri tilanteissa, joissa oikeuskäytäntöä asiasta ei ole tai jos vakiintuneeksi muodostunut oikeuskäytäntö muuttuu hyvin voimakkaasti.¹⁸⁴ Tällöin voisi olla mahdollista katsoa, ettei yrityksen viaksi voida katsoa tuottamusta, koska yrityksen toimintamahdollisuudet ovat olleet rajatut, eikä muuttunutta käytäntöä voida kohtuudella edellytettävän osata ennakoida. Jos yritys sitten esittää hyväksyttävät perustelut ja harkinnan myöhemmin vääräksi osoittautuneelle tulkinnalleen tulkinnanvaraisen lainsäädännön tilasta, saattaisi tämä vapauttaa yrityksen vastuusta.¹⁸⁵ Tässä compliance-ohjelman sisältämällä toimenpiteillä voisi olla vaikutusta. Vaikka laki olisi sisällöllisesti hyvin hankalaa, ei se suoraan kuitenkaan vapauta vastuusta, vaan tekijä tulee punnittavaksi tuottamusarvioinnissa yhdessä muiden harkinnassa huomioon otettavien seikkojen kanssa.¹⁸⁶

Näillä näkökohdilla voi olla merkitystä tuottamusarvioinnissa arvioitaessa, voiko compliance-ohjelmalla olla merkitystä tuottamuskyynnyksen ylittymisen kannalta. Jos lainsäädäntö on vaikeaselkoista tai sitä on erityisen runsaasti, on hankalampaa pysyä selvillä sen sisällöstä.¹⁸⁷ Tällainen compliance-ohjelman käyttö lienee kuitenkin hyvin rajattua, johtuen elinkeinoharjoittajalle asetetusta korkeasta tietoisuusvelvoitteesta. Jos rikkomuksen käsillä oloa pidetään selvänä, ei yritys voine puolustautua ainakin osittain tehottomaksi vahingon myötä osoittautuneella compliance-ohjelmalla tuottamuksen ollessa melko selvä. Voitanees esittää, että mahdollisuus liittyisi esimerkiksi juuri määräävän markkina-aseman kaltaisiin väärinkäytöksiin. Elinkeinoharjoittaja voisi esittää puolustuksenaan, että se ei ole ollut, eikä olisikaan pitänyt olla tietoinen siitä, että on määräävässä asemassa; ja että se on comp-

¹⁸⁴ Aine, s. 404–405.

¹⁸⁵ Savela, s. 69 viitteineen.

¹⁸⁶ Tähän viittaa Hahto, s. 77.

¹⁸⁷ Virtanen 2011, s. 105–106. Virtanen toteaa, että on käytännössä mahdotonta pysyä selvillä kaikesta kotimaisesta ja EU-sääntelystä ja tällä voisi olla merkitystä tuottamusta arvioitaessa. Kuitenkin juuri elinkeinoharjoittajan tiukasta selonottovelvollisuudesta johtuen Virtanenkin rajaa vaikutuksen lähinnä lakia ja asetuksia alemmantasoisten normien tasolle.

liance-ohjelmallaan tehnyt kaikkensa selvittääkseen asemansa ja toimineensa tällaisen selvityksen pohjalta niin kuin voidaan olettaa taholta, joka toimii huolellisesti ei-määräävässä asemassa.

Compliance-ohjelma voi siten näyttää, ettei yrityksellä ollut ainakaan tarkoitusta rikkoa normia. Se voi pyrkiä myös osoittamaan, että vaikka se on määräävässä asemassa, se on compliance-ohjelmalla pyrkinyt tekemään kaikkensa estääkseen syyllistymisensä kiellettyyn toimintaan. Toisaalta huomioiden sekä kohonneen tietoisuuden, että edellä esitetyt argumentit liittyen vahingon ennakoitavuuteen johtuen riskien huomioimisesta compliance-ohjelmassa voitaisi päätyä myös arviointia kiristävään tulkintaan; yrityksen olisi tullut ymmärtää, että kyseessä oli määräävä markkina-asema.

3.2.2. Tuottamuksen asteet

Kuten edellä on tullut ilmi, tuottamuskäsitteen katsotaan sisältävän niin tahallisuuden kuin huolimattomuuden. Vahingonkorvausvastuun kannalta teon tahallisuudella ei vastuun syntymisen kannalta sinänsä ole merkitystä, koska vahingonkorvausvastuu edellyttää huolimattomuutta ja tahallisuusvaatimus liittyy enemmän rikosoikeuteen.¹⁸⁸ Vaikka tuottamuksen asteella ei yleensä ole merkitystä tuottamuskynnyksen ylittymisen kannalta, se on merkityksellistä esimerkiksi juuri aikaisemmin mainitussa VahL 4:1 §:ssä, jonka mukaan työntekijä ei ole lainkaan velvollinen suorittamaan vahingonkorvausta, jos hänen viakseen katsotaan vain lievä tuottamus. Tuottamuksen asteen määrittäminen voi olla hyvin hankalaa, eivätkä rajat ole selkeitä.¹⁸⁹ Rajanvedon tekeminen esimerkiksi tavallisen ja törkeän huolimattomuuden väliin tulee perustua kunkin yksittäisen tapauksen olosuhteisiin, eikä sitä voida pelkistää tarkkoihin ohjeisiin.¹⁹⁰ Voidaan kuitenkin piirtää joitain yleisiä suuntaviivoja siitä, milloin tapauksessa on piirteitä, jotka viittaavat törkeään huolimattomuuteen.

Tuottamuksen asteen arvioinnilla on välillistä merkitystä ensinnäkin tuottamuskynnyksen ylittymisen arvioinnissa, vaikka tuottamusarviointi ja tuottamuksen asteen arviointi sinänsä

¹⁸⁸ Hellner – Radetzki, s. 128.

¹⁸⁹ Tähän viittaavat esim. Hemmo 2005, s. 49–50 ja Ståhlberg – Karhu, s. 104.

¹⁹⁰ Saxén, s. 39.

ovatkin jokseenkin erillistä harkintaa. Edes lievän huolimattomuuden tulee olla kyseessä, jotta vahingonkorvausvastuu voi syntyä. Kuten Ståhlberg ja Karhu huomauttavatkin, tuottamuksen ja tuottamuksen asteen arviointikriteerit ovat ainakin osaltaan samoja.¹⁹¹ Lisäksi tuottamuksen asteella on merkitystä korvauksen määrä arvioitaessa. Tällä en tarkoita, että vahingonkorvauksen täyden korvauksen periaatteesta poikettaisi helposti sillä perusteella, että vahingonaiheuttajan viaksi katsottaisi vain lievä huolimattomuus. Viittaan tällä mahdollisuuteen sovitella kohtuusperustein tuomittavaa korvausmäärää. Virtasen mukaan tuottamuksen asteella voisi olla merkitystä silloinkin, jos sekä vahingonaiheuttaja että vahingonkärsijä ovat laiminlyöneet huolellisuusvelvoitteensa, jolloin korvausvastuun alentaminen voisi estyä tuottamuksen asteita vertailtaessa toisen osapuolen törkeämmän toiminnan takia.¹⁹²

Käsittelen seuraavassa jaksossa törkeän huolimattomuuden ja tavallisen huolimattomuuden sekä tahallisuuden rajaa. Huolimattomuuden määrittäminen on ensiarvoisen tärkeää vahingonkorvausoikeudessa, koska pääsääntöisesti vahingonkorvausvastuuta ei ole, jos huolimattomuutta ei ole.¹⁹³ Vaikka compliance-ohjelmalla saattaa nimenomaan olla merkitystä tässäkin rajanvedossa, en käsittele tässä jaksossa erityisesti tuottamuksen alarajan ylittymistä, koska tätä on osaltaan käsitelty jo edellä tutkielmassa tuottamusarvioinnin yhteydessä.

3.2.2.1. Tavallinen ja törkeä huolimattomuus sekä tahallisuus

Tavallinen huolimattomuus näkyy moitittavana toimintana, joka ei ole lievää eikä myöskään törkeää. Kuten nimi viittaa, se on myös tavallisin tuottamuksen asteista.¹⁹⁴ Törkeällä tuottamuksella tarkoitetaan toimintaa, joka ilmeisesti ja merkittävästi poikkeaa siitä huolellisuustasosta, joka toimijalle voidaan asettaa.¹⁹⁵ Tämä voi ainakin tulla yhtenä perus-

¹⁹¹ Ståhlberg – Karhu, s. 105.

¹⁹² Virtanen 2011, s. 539–540.

¹⁹³ Vrt. ankara vastuu eli tuottamuksesta riippumaton vastuu, joka voi tulla kyseeseen niin lainsäädäntöön perustuen kuin myös, vakiintuneen kannan mukaan, ilman erityistä lainsäädännöstä. Ks. esim. Saarnilehto & al. s. 553–556.

¹⁹⁴ Saxén, s. 38.

¹⁹⁵ Näin Taxell, s. 101, johon myös Saxén, s. 39 viittaa.

teena esiin arvioitaessa sitä, voiko compliance-ohjelmalla olla merkitystä tuottamuksen asetta haarukoitaessa. Jos toiminta on poikennut compliance-ohjelmassa edellytetystä, yrityksessä muutoin noudatetusta käytännöstä, tulisi tälle voida antaa painoarvoa. Tällä voisi jatkoseurauksena olla vaikutusta esimerkiksi kohtuuperusteisen sovittelun edellytyksiä arvioitaessa. Törkeään huolimattomuuteen voikin viitata esimerkiksi se, että vahinko on aiheutettu toiminnalla, jonka huolellisuus poikkeaa yleisesti hyväksytystä tai yrityksessä valitsevasta käytännöstä.¹⁹⁶ Lisäksi törkeään huolimattomuuteen voi viitata se, että huolimattomuus on toistuvaa.¹⁹⁷ Korkein oikeus on todennut ratkaisussaan KKO 1997:103, ettei rajan vetäminen törkeän tuottamuksen ja tuottamuksen (tavallisen huolimattomuuden) välillä ole yksiselitteistä.

Ratkaisussa KKO 1997:103 osakeyhtiön tilintarkastaja oli jättänyt tekemättä muistutuksen tilintarkastuskertomukseen yhtiön osakeyhtiölain vastaisesta omien osakkeiden lunastamisesta ja rahalainan antamisesta osakkeenomistajille ja siten aiheuttanut yhtiölle vahinkoa, josta hänet oli tuomittu suorittamaan korvausta. Tapauksessa oli kyse siitä, oliko tilintarkastajan menettelyä pidettävä törkeän huolimattomana siinä määrin, että hänen oikeuttaan vastuuvakuutuksesta saatavaan korvaukseen voitiin sen ehtojen mukaisesti vähentää tai evätä kokonaan.

Tapauksessa korkein oikeus totesi, että törkeä huolimattomuus voi tulla kyseeseen esimerkiksi silloin, kun toiminta on ollut lähellä tahallista menettelyä ja siten häikäilemätöntä ja välinpitämätöntä seurausten suhteen.¹⁹⁸ Vakuutusyhtiö esitti, että vahinkoon johtaneet tapahtumat ovat olleet juuri sellaisia, joita tilintarkastajan tulee seurata. Lisäksi A oli aikaisemmin kiinnittänyt huomiota vahinkoon johtaneeseen tapahtumaan liittyvään aiheeseen. Tilintarkastuskertomusta koskevien säännösten rikkominen on säädetty rangaistavaksi ja A:n on siten tullut ymmärtää, että yhtiö kärsisi hänen toimintansa johdosta vahinkoa. Siten

¹⁹⁶ Tiilikka, s. 247.

¹⁹⁷ Virtanen 2011, s. 141.

¹⁹⁸ Näin myös Saxén, s. 39. Saxénin mukaan on myös selvää, että kun kyseeseen tulee törkeä tuottamus, käyttäytyminen on aina katsottava myös eettisesti paheksuttavaksi.

A:n toiminta vakuutusyhtiön mukaan toi esiin, että A suhtautui vahinkoriskiin ilmeisen välinpitämättömästi. A taas vetosi siihen, että oikeustila oli ollut sekä osakaslainojen että osakkeiden lunastamisen kohdalla tulkinnanvarainen.

Osakaslainojen osalta KKO totesi, että niiden luonne OYL 12:7 §:ssä tarkoitettuna rahalainana ei ollut niin selkeää, että A:n menettely katsottaisi törkeäksi huolimattomuudeksi. Siten oikeustilan ollessa epäselvä voisi olla mahdollista osoittaa myös, että compliance-ohjelman sisältämät selvitykset ja ohjeet ovat olleet riittäviä, koska parempaakaan tietoa ei ole ollut saatavissa. Osakkeiden lunastamisen osalta KKO totesi, että A:n oli tullut ymmärtää, että lunastus aiheuttaa ilmeisen vahingonvaaran, kun A on selvittänyt yhtiön taloudellista asemaa tilintarkastuskertomusta laatiessaan. Riskin luonne ja sen liityntä toiminnan tarkoitukseen voi siten olla merkityksellistä.

Tapauksessa KKO 2002:56 käsiteltiin valtion vahingonkorvausvastuuta kuoleman aiheuttamasta kärsimyksestä. Varusmies oli puolustusvoimien kovapansammunnoissa saanut surmansa vahinkolaukauksen seurauksena. Asiassa oli kysymys ammuntaa johtaneen yliluutnantti X:n toiminnan tuottamuksen asteesta.

Ratkaisussa tulee ilmi, että tuottamuksen astetta määritettäessä tulee ottaa huomioon lähtökohtaisesti vahingon suuruus, vahingon luonne ja korjattavuus, vahingon todennäköisyys sekä mahdollisuus välttää vahinko huolellisella toiminnalla. Huomioon tulee ottaa myös vahingon ennakoitavuus vahinkoon johtaneissa olosuhteissa. Ratkaisussa KKO hahmottelee siten yleiset puitteet tuottamuksen asteen arvioinnille todeten, että tuottamuksen aste määräytyy sen mukaan, kuinka merkittävästi vahingon aiheuttanut toiminta on poikennut vaadittavasta toiminnasta. Ståhlbergin ja Karhun kanta siitä, että tuottamuksen asteen ja tuottamuskynnyksen arvostelun lähtökohdat ovat lähellä toisiaan, vaikuttaa ratkaisun perusteella perustellulta; nämä tekijät otetaan huomioon myös tuottamusarvioinnissa. Oikeuskirjallisuudessa Hahto on nostanut esiin törkeään huolimattomuuteen viittaavina tekijöinä mm. riski- ja toimintatapatietoisuuden sekä vahingon läheisyyden ja sen, jos menettely selkeästi rikkoo annettuja toimintasääntöjä.¹⁹⁹

¹⁹⁹ Hahto, s. 108 viitteineen.

Pöyhönen on esittänyt kannan, jonka mukaan törkeää huolimattomuutta arvioitaessa läh-
tökohtaisesti tulee ottaa rikosoikeudellinen ajatus teon ja tekijän huolimattomuudesta.²⁰⁰
Tulee tarkastella sitä, kuinka huolimaton teko on ja toisaalta, miten piittaamattomasti te-
kijä on toiminut. Tämä arviointi voisi ilmetä esimerkiksi seuraavasti arvioinnissa koskien ti-
lannetta, jossa compliance-ohjelmaa ei yksittäistapauksessa noudatettaisi. Ensinnäkin teko
alittaisi voimakkaasti vaadittavan huolellisuusvelvoitteen, joka voitaisi asettaa vastaavassa
asemassa toimivalle yritykselle tai yrityksen oman vakiintuneen käytännön perusteella ja
lisäksi, että yritys olisi ohjelman avulla tullut tietoiseksi vahinkovaarasta, mutta silti toimi-
nut niin kuin toimi. Tällöin ilmenisi sekä teon että tekijän välinpitämättömyys seurauksista.
Nygaard on esittänyt, että törkeän huolimaton toiminta ei olisi välttämättä kyseessä, jos
toimijan menettely olisi tavanomaista ja vahingon aiheutumiseen olisi vaikuttanut ajan
puute.²⁰¹ Siten yrityksen rikottua omia sisäisiä käytäntöjään tulisi verrata, onko käytäntö
poikennut alalla muuten vallitsevasta käytännöstä ja missä olosuhteissa poikkeama on ta-
pahtunut. Kiire on kuitenkin mielestäni melko huono syy toiminnalle, ellei tilanne ole tullut
arvaamattomissa, jolloin perusteena toiminnan hyväksyttävyydelle tosin olisikin vahingon
ennakoimattomuus.

Perustamalla compliance-ohjelman seurauksena luonnollisesti lienee on, että yritys tulee
tai ainakin sen tulisi tulla tietoisemmaksi liiketoimintaansa kohdistuvista riskeistä ja niiden
toteutumismahdollisuuksista. Oikeushenkilön vastuun perustuessa esimerkiksi tavallisen
työntekijän aiheuttamaan vahinkoon voisi merkityksellistä olla, voidaanko olettaa, että
työntekijän on tullut olla tietoinen näistä seikoista omalta osaltaan. Tuottamuksen astetta
harkitessa compliance-ohjelma voisi viitata törkeään huolimattomuuteen, koska ”tiedosta-
mattomaan” huolellisuusvaatimuksen rikkomiseen ei kohdistu niin suurta moitetta kuin
tiedostettuun.²⁰² Tosin ei tule vetää suoraa johtopäätöksiä siitä, että tietoinen tuottamus
johtaisi aina siihen, että vahingonaiheuttajan viaksi katsotaan törkeä huolimattomuus.²⁰³
Jos yrityksen esimerkiksi katsotaan compliance-ohjelmallaan tietoisesti rikkoneen sille ase-
tettavia velvoitteita, mutta poikkeaminen on varsin vähäinen, ei kyseessä olisi välttämättä
törkeä huolimattomuus. Koska yritystoiminnassa edellytetään suurempaa huolellisuutta

²⁰⁰ Pöyhönen, s. 87-88. Vastaavalla tavalla myös Hahto, s. 107.

²⁰¹ Nygaard, s. 212, johon myös Hahto, s. 108 viittaa.

²⁰² Saxén, s. 9–10.

²⁰³ Hemmo 1996, s. 109–111.

kuin yksityishenkilöltä, voisi olla mahdollista argumentoida, että törkeän huolimattomuuden ala olisi laajempi kuin lievän huolimattomuuden. Toisaalta riskin luonteeseen kuuluu, että se on epävarmuus tulevaisuudesta; riskin toteutumista ei voi ennustaa. Myöskään yrityksen kohdalla ei voida heppoisin perustein olettaa, että velvoitteiden rikkominen on ollut tietoista ja siten törkeää.

Kuten edellä on mainittu, Aine on esittänyt, että kilpailunrajoitukseen liittyvää vahingonkorvausvastuuta voidaan pyrkiä torjumaan compliance-ohjelmalla, sillä se voi osoittaa ainakin sen, että elinkeinoharjoittaja on huolellisesti toimien pyrkinyt ehkäisemään kilpailunrajoitusvahingon syntymisen. Toisaalta se, että yritys on syylistynyt jonkinlaiseen moitittavana nähtävään toimintaan, jo sinänsä kyseenalaistaa compliance-toiminnon merkityksen. Mentula on esimerkiksi esittänyt, että compliance-ohjelmalla voisi olla yritystä hyödyttävä vaikutus sakkojen määräämisessä kilpailunrajoitustapauksessa silloin, jos rikkomus on ollut yksittäisen työntekijän teko ja hän ei ole noudattanut muuten yrityksessä yleisesti noudatettua ohjelmaa.²⁰⁴ On hankalampaa nähdä, että tällä olisi merkitystä yrityksen vahingonkorvausvastuun kannalta, koska yritys on lähtökohtaisesti kuitenkin vastuussa työntekijänsä aiheuttamasta vahingosta (VahL 3:1 §). Sillä saattaisi kuitenkin olla merkitystä määrittäessä tuottamuksen astetta ja työntekijän toissijaista vastuuta (VahL 6:2 §), sovittelun edellytyksiä ja työnantajan regressioikeutta (VahL 4:3 §).

Tahallisuuden arvioinnille ei ole annettu paljon painoarvoa vahingonkorvausoikeudessa.²⁰⁵ Vahingonkorvausoikeudessa on katsottu perustelluksi nojautua rikosoikeudelliseen tahallisuusarviointiin (tämä tulee ilmi myös tapauksessa KKO 2008:79). Törkeän huolimattomuuden on usein katsottu rinnastuvan tahallisuuteen tai ainakin olevan hyvin lähellä sitä.²⁰⁶ Törkeän huolimattomaksi voidaan katsoa toiminta esimerkiksi silloin, kun vahinko on aiheutettu tahallisesti, mutta sitä ei kuitenkaan onnistuta näyttämään toteen.²⁰⁷ Vahingonkorvausoikeudessa törkeällä huolimattomuudella ja tahallisuudella on merkitystä esim. vahingonkorvauksen sovittelussa sekä korvauksen tuomitsemisesta kärsimyksen perusteella silloin, kun ihmisarvoa tai henkilökohtaista koskemattomuutta on vakavasti loukattu (VahL

²⁰⁴ Mentula, s. 579.

²⁰⁵ Saarnilehto & al. s. 523–524.

²⁰⁶ Esim. Saarnilehto & al s. 524 ja vakuutuslakia koskeva HE 114/1993 vp. s. 43, jossa todettiin, että törkeä huolimattomuus on lähellä tahallisuutta. Näin myös Saxén, joka käyttää käsitettä törkeä tuottamus myös merkityksessä tahallinen vahingon aiheuttaminen. Saxén, s. 38.

²⁰⁷ Saxén, s. 39.

5:6 §). Merkityksellistä arvioinnissa on se, kuinka paljon vahinkoon johtanut toiminta poikkeaa siitä huolellisuudesta, jota voidaan vaatia. Tämä ilmenee edellä mainitulla tavalla esimerkiksi korkeimman oikeuden ratkaisusta KKO 2002:56. Korkein oikeus on antanut merkitystä myös vahinkovaaran vakavuudelle, kuten tapauksessa KKO 2008:79. Siten teon huolimattomuudelle voidaan myös antaa merkitystä. Tapauksessa oli merkityksellistä myös se, että tilanne poikkesi törkeästi tilanteen edellyttämästä huolellisesta menettelystä, kun A oli kuljettanut autoa vastaantulevien kaistalla ja siten törmännyt vastaantulevaan autoon.

3.2.3. Yleisiä suuntaviivoja compliance-ohjelman merkityksestä arvioitaessa tuottamusta ja tuottamuksen astetta

Edellä on pyritty esittämään niitä perusteita, joiden varaan saattaisi olla mahdollista rakentaa compliance-ohjelman vaikutusta arvioitaessa yrityksen tuottamusta ja tuottamuksen astetta. Jos yritys syyllistyy moitittavaan menettelyyn, voisi tarkastelun lähtökohtaisesti rakentaa korkeimman oikeuden käytännön sekä oikeuskirjallisuudessa esitettyjen kannanottojen perusteella tässä jaksossa myöhemmin esitettävällä tavalla. Arviointi olisi aina yksittäistapauksellista kokonaisarviointia, jossa tulisi ottaa huomioon myös vahingonkärsijä ja arvioida vahingon kantamisen jakautumista myös oikeudenmukaisuuden kannalta.

Virtanen suhtautuu varovasti siihen, että compliance-ohjelma hyväksyttäisiin osana yrityksen puolustusta vahingonkorvausvastuuta vastaan.²⁰⁸ Virtanen kyllä toteaa, että ohjelmalla voi olla jotain merkitystä tuottamusarvioinnissa, toisin sanoen yrityksen osoittaessa täyttäneensä sille asetetun huolellisuusvelvoitteen. Hän kuitenkin rajaa käytön kilpailunrajoituksia koskien lähtökohtaisesti vain tapauksiin, joissa tuottamus ei ole selvä, kuten se usein vakavissa kartellitapauksissa saattaa olla. Sen sijaan van Vormizeele on esittänyt, että kieltämällä yritykseltä mahdollisuus esittää compliance-ohjelmalla toimineensa siltä vaadittavan huolellisuuden mukaisesti itseasiassa rikotaan yleisiä vahingonkorvausoikeudellisia periaatteita.²⁰⁹ Tosin van Vormizeelekin edellyttää, että yrityksen tulee todella osoittaa implementoineensa ohjelman tehokkaasti läpi organisaation, eikä compliance-ohjelmalla olisi

²⁰⁸ Virtanen 2003, s. 493.

²⁰⁹ van Vormizeele, s. 7. Van Vormizeele on esittänyt kannanottonsa liittyen kilpailuoikeuden rikkomiseen liittyviin vahinkoihin, mutta artikkelissa esitetyt kannanotot ilmentävät mielestäni yleisempiäkin compliance-ohjelman ja vahingonkorvausvastuun liittymäkohtia.

yrittäjien eduksi painoarvoa ainakaan silloin, kun yritys olisi jättänyt reagoimatta selkeisiin merkkeihin rikkomisista.

Yhtenäistä näkemystä compliance-ohjelman käyttöarvosta ei voida siis löytää. Tullee ottaa lähtökohdaksi se, että compliance-ohjelmalla olisi painoarvoa lähinnä silloin, kun tuotanto on epävarmaa. Merkitystä compliance-ohjelmalle voitaisi antaa erityisesti toiseikaston ollessa epävarmaa tai oikeustilan ollessa vakiintumatonta ja vaikeasti ennakoitava. Jos yritys on huomionut riskin compliance-ohjelmassaan, saattaisi se painaa sen puolesta, ettei yritys voisi vedota toiseikaston epävarmuuteen, koska se on kuitenkin tunnistanut riskin. Arvioinnissa tulisi ottaa huomioon se, miten toimintaan tulee suhtautua oikeusnormin puuttuessa, eli pidetäänkö käytöstä voimakkaasti yleisesti paheksuttavana ja moitittavana.

Lähtökohtana tulisi myös pitää sitä, että yrityksen tulee tunnistaa liiketoimintaansa, varsinkin keskeiseen liiketoimintaansa liittyvät riskit. Koska compliance-ohjelmalla pyritään tunnistamaan yrityksen kannalta olennaisimmat riskit ja reagoimaan niihin, keskittyy ohjelma yleensä juuri liiketoiminnan kannalta tärkeimpiin riskeihin. Compliance-ohjelman asianmukaisuutta ja tehokkuutta arvioitaessa tulisi silloin tämä ottaa huomioon.

Keskeistä voisi olla, voidaanko compliance-ohjelman riskienhallinnan varotoimenpiteenä katsoa ilmentävän riittävää huolellisuutta ja voidaanko sitä pitää asianmukaisena ja vaikuttavana varotoimenpiteenä. Verrokkiryhmänä olisi vastaavaa liiketoimintaa harjoittavat yritykset ja huomioon tulisi ottaa yrityksen koko. Huomionarvoista voisi olla myös aiheutuneet kustannukset sekä kustannukset, jotka olisivat aiheutuneet mahdollisesta vaihtoehdoisesta toimintatavasta. Voisi olla merkityksellistä, onko alalla vakiintuneita ja hyväksytyjä käytänteitä tai ohjeistuksia riskienhallinnasta tai compliancesta ja toisaalta, onko yrityksen compliance-toiminta vakiintunutta.

Toisaalta vaikka compliance yleisellä tasolla olisi riittävää verrattuna yleiseen käytäntöön, ei se vapauttaisi vastuusta, jos yksittäistapauksessa huolellisuusvelvoitetta ei olisi kuitenkaan täytetty esimerkiksi laiminlyömällä toimet kohonneen vahingonvaaran takia. Compliance tulisi olla perustellusti merkityksellinen juuri kyseisen aiheutuneen vahingon tuottamusarvioinnin kannalta. Yrityksen omien käytäntöjen ollessa vakiintuneita ja perusteltuja,

voitaisi mahdollisesti katsoa, että käytäntö on muodostanut huolellisuuden mittapuun, johon toteutunutta menettelyä voitaisi verrata. Tällöin vaihtoehtoinen menettelytapa olisi ainakin ollut olemassa. Kustannusten arvioinnin kannaltakaan ohjelman noudattamista ei voitaisi katsoa tällöin yrityksen kannalta kohtuuttomaksi, kun se on aikaisemmin itse sitoutunut noudattamaan ohjelmaa ja valinnut keinot ja välineet compliancen toteuttamiseksi.

Compliance-ohjelman tehokkuuden merkitystä arvioitaessa merkityksellistä saattaisi olla dokumentointi, jolla yritys voisi osoittaa toimintansa täyttävän asianmukaisuuden kriteerit. Jos moitittavaa, erityisesti vastaavanlaista menettelyä olisi tapahtunut aikaisemmin, tarkasteltavana voisi olla ainakin yrityksen reagointi näihin ja se, kuinka samanlaisia vahingot ovat olleet.²¹⁰ Jos yritys onnistuisi esittämään, että ohjelma on ollut asianmukainen ja tehokas, mutta vahinkoriskiä ei silti ole osattu ottaa (riittävästi) huomioon, voisi se puhua sen puolesta, että vahinkoriski on ollut hyvin vähäinen ja hankalasti ennakoituva, jolloin tämä voisi antaa indision siitä, ettei tuottamusta olisi. Arvioinnissa saattaisi olla merkityksellistä se, millaisia vahinkoja vastaavalla tasolla ohjelmalla voidaan olettaa pystyttävän ehkäisemään. Yrityksenkin olisi saatava luottaa siihen, että tehokas järjestelmä toimii, eikä muita varotoimenpiteitä tarvita. Toisaalta jos ohjelma on tehokas, voitaisi onnistua osoittamaan myös, että yrityksellä on ollut normaalia suurempi velvollisuus tunnistaa myös sellaisia riskejä, joita vastaava yritys ei välttämättä tunnistaisi.

Jos riski oli huomioitu ohjelmassa, voidaan arvioida, onko sen vakavuutta otettu riittävästi huomioon mitoitettaessa toimenpiteitä ja resursseja. Yrityksen tulee tunnistaa riskinsä ja siten toimintajärjestelmien ja riskienhallinnan puutteellisuuden vuoksi ymmärtää, että se voi johtaa moitittavaan menettelyyn. Voidaanko näyttää, että yritys on toiminut erityisen moitittavasti jättäessään perustamatta tai noudattamatta compliance-ohjelmaa ja siten osoittanut erityistä välinpitämättömyyttä ja piittaamattomuutta seurauksista? Jos yritys on poikennut compliance-ohjelmassa määritetystä toimintatavasta ja tämä on johtanut vahinkoon, saattaisi olla merkityksellistä, onko poikkeamiseen ollut olosuhteista johtuvaa hyväksyttävää syytä verrattuna tavoiteltuun seuraukseen, onko kasvaneeseen vahinkoriskiin varauduttu joillain muilla lisävarotoimenpiteillä tai onko yritys yhä kuitenkin toiminut esimerkiksi yleisesti hyväksytyn tavan mukaan.

²¹⁰ Kuten aikaisemmin on esitetty, toistuva samanlainen huolimattomuus voi viitata törkeää huolimattomuuteen. Esim. s. 43.

Voisi olla, että arvioinnissa otettaisi huomioon se, millaisia seurauksia toiminnalla on tavoiteltu (toiminnan eettinen hyväksyttävyys). Myös vahingon luonne ja määrä tulisi ottaa huomioon sekä se, kenen toiminnasta johtuen vahinko on aiheutunut. Se, onko vahingon aiheuttanut johtoon kuuluva henkilö, joka on ollut vastuussa compliance-toiminnan järjestämisestä, vai työntekijä, voisi vaikuttaa arvioon. Jos johtoon kuuluva henkilö on menetellyt compliance-ohjelman vastaisesti, ei se ainakaan lähtökohtaisesti puhuisi sen puolesta, että yritys on onnistunut tehokkaasti ja asianmukaisesti implementoimaan compliancen osaksi toimintakulttuuriaan tai että se on aidosti pyrkinyt siihen. Toisaalta Virtanen on esittänyt kannan myös siitä, ettei compliance-ohjelman avulla voida vapautua vahingonkorvausvastuusta työntekijän tuottamuksellaan aiheuttamasta vahingosta.²¹¹ Voisi ollakin, että compliance-ohjelman merkitys olisi suurimmillaan silloin, kun oikeushenkilön vastuun perusteena olisi ns. anonymi tai kumuloitu tuottamus.

²¹¹ Virtanen 2011, s. 57.

4. Compliance-ohjelman muita mahdollisia merkityksiä

4.1. Tuottamuksen aste ja vastuuvakuutus sekä vastuunrajoitukset

Tuottamuksen asteen ja erityisesti törkeän huolimattomuuden kynnys on tärkeä vastuuvakuutuksissa arvioitaessa vakuutetun oikeutta vakuutuskorvaukseen sekä tarkasteltaessa vastuunrajoitusehtojen pitävyyttä. Merkityksellinen on tällöin siis erityisesti se kynnys, joka määrittää tavallisen ja törkeän huolimattomuuden rajan. Vakuutuslainsäädännön (28.6.1994/543) 30 §:n mukaan vakuutetulla ei ole lainkaan oikeutta korvaukseen, jos vakuutettu on aiheuttanut vakuutustapahtuman tahallisesti. Jos vakuutetun viaksi katsotaan törkeä huolimattomuus, korvausta voidaan alentaa tai se voidaan evätä kokonaankin. Niiden vakuutetun on veloitettu olemaan aiheuttamatta vakuutuksen kattamaa tapahtumaa. Vastuuvakuutus on yksi vahinkovakuutusten laji.²¹² Kun yritys ottaa vastuuvakuutuksen, katsotaan yrityksen, eli vakuutetun toiminnaksi yrityksen johdon toiminta.²¹³ Siten työntekijän törkeällä huolimattomuudella aiheuttama vakuutustapahtuma tulee lähikohtaisesti täysin korvatuksi. Vahingonkärsijän asemaa vastuuvakuutusten osalta parantaa vakuutuslainsäädännön 30 §:n 4 momentti, jonka mukaan vakuutuksenantajan tulee vakuutetun törkeästä huolimattomuudesta riippumatta maksaa loukatulle luonnolliselle henkilölle se osa korvauksesta, jota tämä ei ole saanut perittyä vakuutetulta.

Vastuunrajoitusehdoilla tarkoitetaan sopimuksessa olevaa ehtoa, jolla sopijapuoli rajoittaa vastuutaan omien sopimusrikkomusten varalta.²¹⁴ Sopijapuoli voi esimerkiksi rajoittaa euromääräistä vastuutaan, korvattavia vahinkotyyppisiä tai sitä, kuinka huolimattomasti toimintaa sopijapuolelta edellytetään, jotta tämä olisi korvausvastuussa. Laajasti ja yleisesti tunnustettu periaate sopimusoikeudessa on, että jos sopijapuolen katsotaan syyllistyneen sopimusrikkomukseen tahallisesti tai törkeästä huolimattomuudesta, eivät sovitut vastuunrajoitusehdot ole pitäviä.²¹⁵ Näillä vaikutuksilla on yhteytensä vahingonkorvausoikeuden tarkoitukseen ehkäistä vahinkoja sekä oikeusjärjestyksen oikeudenmukaisuuteen.²¹⁶ Tämä

²¹² Norio-Timonen, s. 9.

²¹³ Norio-Timonen, s. 134.

²¹⁴ Saarnilehto 2005, s. 6–8.

²¹⁵ Hahto, s. 110. Hahto viittaa tässä yhteydessä ratkaisuun KKO 1983 II 91, jota käsitellään alla tarkemmin. Tämä tulee ilmi myös uudemmassa ratkaisussa KKO 2014:61. Myös Saarnilehto – Annola, s. 178.

²¹⁶ Saxén, s. 38.

vaikuttaakin perustellulta, sillä törkeän huolimattomuuden ollessa hyvin lähellä tahallisuuden tasoa, ei ole syytä helpottaa vastuun väistämistä silloin, kun toiminta on ollut hyvin moitittavaa.

Vakuutusoikeudellisessa tuottamusarvioinnissa vakuutetun voidaan katsoa toimineen tahallisesti, jos hän pyrkii saamaan vahingon aikaan, ymmärtää, että vahinko välttämättä seuraa hänen menettelystään, tai ainakin mieltää sen mahdolliseksi toimintansa vaikutukseksi, eikä silti anna tälle merkitystä käyttäytymisessään.²¹⁷ Myös vakuutusoikeudellisessa tarkastelussa törkeä huolimattomuus ja tahallisuus ovat hyvin lähellä toisiaan ja ne rinnastetaan usein toisiinsa.²¹⁸ Voidaan myös todeta samoin kuin vahingonkorvausoikeudessa, että tuottamusarviointi vakuutusoikeudessa on ankarampaa kuin rikosoikeudessa, sillä huolimattomuus, joka ei riitä rangaistuskynnyksen ylittymiseen, voi yhtä kaikki riittää siihen, ettei oikeutta täyteen vakuutuskorvaukseen ole.

Vakuutusoikeudellinen ja vahingonkorvausoikeudellinen tuottamus ovatkin hyvin lähellä toisiaan. Tuottamuksen yksittäistapauksellisuus tulee kuitenkin ilmi esimerkiksi alla selostetusta vuoden 1997 korkeimman oikeuden tapauksesta, kun tuomioistuin totesi, ettei rajanveto tuottamuksen ja törkeä tuottamuksen välillä edes vakuutusopimuslain eri säännöksiä sovellettaessa välttämättä määräydy samojen perusteiden mukaan. Hahto huomauttaakin, että johtopäätösten tekeminen törkeän huolimattomuden sisällöstä sillä perusteella, minkä sisällön se saa toisessa korvausjärjestelmässä, tulisi suhtautua pidättyvästi.²¹⁹ Koska vastuuvakuutuksessa vakuutuskorvauksen maksamisen edellytyksenä on vahinkotapahtuman (vakuutetun vahingonkorvausvastuu kolmatta kohtaan) aiheutuminen, joudutaan tällöin väistämättä arvioimaan vakuutetun vahingonkorvausoikeudellista tuottamuksellisuutta, joten vahingonkorvausoikeus on välttämättä sidoksissa vakuutusoikeuteen.²²⁰

KKO:n tapauksessa 1997:103 korkein oikeus totesi, että koska vastuuvakuutuksen nimenomainen tarkoitus on korvata ammatinharjoittajan virheellään

²¹⁷ Norio-Timonen, s. 134–136.

²¹⁸ af Hällström – Ijäs, s. 19.

²¹⁹ Hahto, s. 104.

²²⁰ Hoppu – Hemmo, s. 317.

aiheuttamat vahingot, törkeään huolimattomana voidaan lähtökohtaisesti pitää vain sellaista tekoa tai laiminlyöntiä, joka osoittaa ammatinharjoittajan syyllistyneen selvään piittaamattomuuteen. Vakuutus ei saa johtaa vakuutuksenantajan kustannuksella tapahtuvaan tietoiseen riskinottoon.

Compliance-ohjelman olemassaolo ja sen noudattamatta jättäminen tai compliance-ohjelman olemassaolo ja vahinkotapahtuman aiheutuminen siitä huolimatta, saattaisivat korkeimman oikeuden esittämän kriteerin mukaan toimia perusteena sille, ettei oikeutta vakuutuskorvaukseen olisi. Korkein oikeus viittaa laiminlyöntiin tai tekoon, joka ilmentää selvää piittaamattomuutta. Kuten edellä vahingonaiheuttajan tietoisuutta käsiteltäessä on mainittu, jos yhtiö on panostanut compliance-ohjelman perustamiseen, se tulee tai ainakin tulisi tulla väistämättä tietoiseksi myös toimintaansa kohdistuvista riskeistä. Jos yritys tästä huolimatta ei ole kiinnostunut ohjelman noudattamisesta, eikä todistettavasti vaadi tätä työntekijöiltään ja johdoltaan, voisi törkeä huolimattomuus tulla kyseeseen. Yksittäinen tapaus voisi indikoida tähän suuntaan riippuen aiheutuneen vahingon luonteesta. Tämä kanta saanee vahvistusta siitä, että tapauksessa korkein oikeus otti huomioon tuottamuksen astetta arvioidessaan sen, ettei tosiseikan vastaaminen lainsäädännön kuvausta ollut niin selvää, että kyseessä olisi törkeä huolimattomuus. Jos compliance-ohjelmaa ei otettaisi arvioinnissa lainkaan huomioon, voisi se kannustaa yrityksiä liialliseen riskinottoon niiden luottaessa siihen, että korvauksen maksaa vakuutuksenantaja.

Vastuunrajoitusehdon siis ei, jakson alussa mainitulla tavalla, katsota pitävän, jos vahinko on aiheutettu törkeällä huolimattomuudella tai tahallisuudella. Törkeään huolimattomuuden tai tahallisuuden seurauksista ei tule voida vapautua sopimuksella.²²¹ Tämänlaisessa tilanteessa voitaisi soveltaa myös varallisuus oikeudellisista oikeustoimista annetun lain (OikTL, 13.6.1929/228) 36 §:ää, jonka mukaan oikeustoimen ehdon ollessa kohtuuton tai sen soveltamisen johtaessa kohtuuttomuuteen, ehtoa voidaan joko sovitella tai jättää se huomioon ottamatta.²²² Kohtuuttomuutta arvosteltaessa on otettava huomioon oikeustoi-

²²¹ HE 247/1981 vp, s. 15.

²²² Saarnilehto – Annola s. 178. Hallituksen esityksessä HE 247/1981 vp, s. 15 tosin mainitaan myös, että myös lievää huolimattomuutta koskevan vastuuvapauslausekkeen ollessa sinänsä pätevä, voisi kohtuullistaminen tulla kyseeseen erityisesti tilanteissa, joissa sopijapuoli on asemaansa hyväksikäyttäen pyrkinyt lieventämään vastuustaan omasta suorituksestaan.

men koko sisältö, osapuolten asema, oikeustointa tehtäessä ja sen jälkeen vallinneet olosuhteet sekä muut seikat.²²³ Toisaalta törkeä huolimattomuus saattaa olla merkityksellinen erityisesti myös sellaisissa tilanteissa, joissa sopijapuolen vastuu on rajattu vain vahinkoihin, jotka tämä on aiheuttanut vain törkeällä huolimattomuudella tai tahallisuudella.²²⁴ Tämänlaisen ehdon pitävyys voidaan tosin myös kyseenalaistaa ja voi olla, että ehdosta huolimatta sopijapuoli veloitetaan korvaamaan muitakin vahinkoja.

Ratkaisussa KKO 1983 II 91 A oli jättänyt ravivedon järjestäjän asiamiehelle pelikupongin, joka olisi oikeuttanut voitto-osuuteen. Asiamies ei kuitenkaan saattanut tätä viranomaisten valvontaan ja voitto jäi saamatta. Vedonlyönnin ehtojen mukaan järjestäjä ei vastannut asiamiehen vedonlyöjälle aiheuttamasta vahingosta ja asiamieskin vastasi vain tahallisesti tälle aiheuttamastaan vahingosta. Vastuunrajoitusta pidettiin kohtuuttomana siltä osin kuin se koski törkeällä huolimattomuudella aiheutettuja vahinkoja. Asiamiehen ei kuitenkaan katsottu toimineen näin huolimattomasti ja A:n vahingonkorvauskanne hylättiin.

Ratkaisusta tulee ilmi se edellä mainittu periaate, jonka mukaan törkeällä huolimattomuudella aiheutetut vahingot tulevat vahingonaiheuttajan korvattaviksi kohtuuttomuuden perusteella, vaikka ne olisi sopimuksessa rajattu pois vahingonaiheuttajan korvauspiiristä.

4.2. Sovittelun edellytykset vahingonkorvauslaissa ja compliance-ohjelma

Vahingonkorvauslain 2:1.2 §:n mukaan vahingonkorvausta voidaan täyden korvauksen periaatteesta poiketen sovittaa, jos korvausvelvollisuus harkitaan kohtuuttoman raskaaksi, ottaen huomioon vahingon aiheuttajan ja vahinkoa kärsineen varallisuusolot ja muut olosuhteet. Sovittelu tulee kyseeseen vain muissa kuin tahallisesti aiheutetuissa vahingotapauksissa, ellei kohtuusharkinnan perusteella erityisestä syystä ole aiheellista alentaa kor-

²²³ Saarnilehto 2005, s. 15.

²²⁴ Sillanpää, s. 340 alaviitteineen.

vausta. Huomioon tulee siis ottaa vahingonaiheuttajan mahdollisuus suorittaa täysi korvaus sekä vahingonkäräjien tarve saada se. On huomioitava, että sovitteluharkinnassa tulee ottaa huomioon myös ”muut olosuhteet”. Tämä avaa mahdollisuuden vahingonkorvauksen sovitteluun, vaikka varallisuusolot eivät yksinään sitä puoltaisi. Työntekijän ja julkisyhteisön isännänvastuuseen perustuvaa korvausvelvollisuutta voidaan VahL 3:6 §:n mukaan sovittaa, jos korvausvelvollisuus harkitaan ilmeisen kohtuuttomaksi tai jos vahingon suuruus sekä muut olosuhteet huomioon ottaen on erityistä syytä.

Kohtuusperusteisen sovittelun edellytysten täyttymisen arviointi tulee tehdä kokonaisharkinnan perusteella.²²⁵ Taloudelliset näkökohdat ovat kuitenkin ensisijaisesti määräävät tekijät kohtuusperusteisen sovittelun soveltamisharkinnassa.²²⁶ Sovittelua koskevasta säännöksestä ilmenee myös, että harkinnassa tulee ottaa huomioon vahingonaiheuttajan toiminnan moitittavuus eli jos vahinko on aiheutettu tahallisesti, tarvitaan erityisiä syitä sovittelun edellytysten täyttymiseksi. Toisaalta sovittelu voi tulla kyseeseen myös, vaikka tuottamus ei olisi ollut lievää, kuten tapauksesta KKO 1999:12 ilmenee. Myös vahingonaiheuttajan mahdollisuus saada korvaus maksettua vakuutuksestaan voidaan ottaa huomioon arvioinnissa.²²⁷ Sovittelun edellytysten harkinnassa onkin tilaa ja mahdollista ottaa huomioon vahingonkorvausoikeuden taustalla vaikuttavat yleiset tavoitteet.²²⁸ Vahinkoriski pyritään ohjaamaan esimerkiksi sen taloudellisen tahon kannettavaksi, jonka on perusteltua vastata toimintaan kytköksissä olevista riskeistä.

Virtanen on esittänyt kumotun kilpailunrajoituslain (27.5.1992/480) 18 a.2 §:iin viitaten, että kilpailunrajoitukseen perustuvan vahingonkorvauksen sovittelun perusteena voisi olla yrityksen tehokas ja asianmukainen compliance-ohjelma.²²⁹ Mainitun pykälän mukaan korvausta voidaan sovittaa, jos täysi korvausvelvollisuus harkitaan kohtuuttoman raskaaksi ottaen huomioon rikkomuksen laatu, vahingon laajuus, osapuolten olosuhteet ja muut seikat. Kilpailunrajoituslain kumonneessa kilpailulaissa sovittelun osalta viitattiin vahingonkorvausluvun 2 lukuun, jotta kaikkiin kilpailulain vahingonkorvaussäännösten perusteella määrättyihin vahingonkorvauksiin tulisi sovellettavaksi sama sovittelusäännös (HE 88/2010

²²⁵ Tästä esim. Bengtsson, s. 254 ja Hemmo 1996, s. 54.

²²⁶ Ks. esim. Ståhlberg – Karhu, s. 476. Samoin esim. Saxén, joka mainitsee pääkriteeriksi vahingonaiheuttajan mahdollisuudet suorittaa täysi korvaus. Myös Hemmo 2005, s. 218 ja Mielityinen, s. 220.

²²⁷ Saxén, s. 164.

²²⁸ Hemmo 1996, s. 309.

²²⁹ Virtanen 2001, s. 449.

vp. s.66). Sittemmin voimaan tullessa laissa kilpailuoikeudellisista vahingonkorvauksista ei ole säännöstä vahingonkorvauksen sovittelusta. Valintaa ei lakia koskevassa hallituksen esityksessä perustella. Lähtökohtana tulee kuitenkin pitää sitä, että edellytykset sovittelulle ovat kilpailunrajoitustilanteissa samat, tehtiin se vahingonkorvauslain tai kilpailuoikeudellisista vahingonkorvauksista annetun lain perusteella.²³⁰

Voisiko compliance-ohjelmalla siis Virtasen esittämällä tavalla kuitenkin olla merkitystä yrityksen korvausvastuuta koskevassa sovitteluharkinnassa myös vahingonkorvauslain yleisen sovittelusäännöksen perusteella? Se, että kilpailunrajoituslain 18 a 2 §:ää vastaavaa säännöstä ei enää ole, kertonee ainakin osittain siitä, että säännös (taloudellisen toiminnan aiheuttamasta vahinkoa koskevasta) sovittelusta on ollut turha. Toisaalta vahingonkorvauslain hallituksen esityksessä (HE 187/1973 vp s.13) todetaan, että vahingonkorvauksen sovitteluun ei ole aihetta, jos vahinko on aiheutettu sellaisen toiminnan yhteydessä, joka tähtää taloudelliseen etuun. Lisäksi siinä mainitaan, että kohtuuttomana voidaan pitää sitä, että nimenomaan luonnollisen henkilön huolimattomuuteen perustuva korvausvastuu rauñoittaisi hänen ja hänen perheensä toimeentulon.

Tämän ei kuitenkaan voida katsoa tarkoittavan, että vahingonkorvauslain sovittelusäännös koskisi aina poikkeuksetta vain luonnollisia henkilöitä.²³¹ Esim. tapauksessa KKO 2001:70 sovittelua puoltavana tekijänä katsottiin olevan se, että täysi korvausvastuu ylitti yhtiön taloudellisen kantokyvyn. Samoin pankkitoimintaan liittyvässä toimitusjohtajan vahingonkorvausvastuuta käsittelevässä tapauksessa KKO 2000:58 taloudellisen edun saaminen ja tavoittelu ei muodostunut sovittelun ehdottomaksi esteeksi. Tässä otettiin huomioon sovittelun puolesta painavana perusteena puhuva suuri korvausmäärä. Tullee ymmärtää, että suurella yrityksellä on luonnollisesti paremmat keinot kantaa vahingonkorvausvastuunsa kuin pienellä yrityksellä, joten tämä voisi puhua sen puolesta, että sovittelu voisi helpommin tulla kyseeseen pienemmän tai huonossa taloudellisessa tilassa olevan yrityksen kohdalla.

²³⁰ Aine, s. 605. Aine viittaa kommentillaan kilpailulakiin ja kilpailunrajoituslakiin, mutta voitaneen pitää perusteltuna, ettei oikeustilaa ole tarkoitettu muuttaa myöskään lailla kilpailuoikeudellisista vahingonkorvauksista.

²³¹ Esim. Saxén, s. 163, joka tosin viittaa vain pieniin yrityksiin. Ks. tosin esim. Mielityinen, s. 219. Mielityinen kuitenkin toteaa, että ”kohtuullistaminen tulee kyseeseen *lähinnä* luonnollisen henkilön korvausvelvoitteiden yhteydessä” (korostus tässä).

Vahvana lähtökohtana tuleekin pitää, että yrityksen tulee kantaa aiheuttamansa vahingon seuraukset täysimääräisesti. Vaikka sovittelua koskevaa säännöstä voidaankin soveltaa sekä yrityksen että luonnollisen henkilön vastuun sovitteluun, onkin perusteltua korottaa sovitteluedellytyksiä yrityksen kohdalla, minkä Hemmo toteaa tulevan esille verrattaessa työnantajan ja julkisyhteisön korvausvelvollisuuden sovittelua koskevaa VahL 3:6 § ja yleistä sovittelusäännöstä VahL 2:1.2 §.²³² VahL 2:1.2 §:n mukaisena ”muuna olosuhteena” voitaneen ottaa huomioon juuri se, että vahinko on aiheutettu elinkeinotoiminnassa.²³³

Compliance-ohjelma on yleisemmin käytössä suurilla, vakavaraisilla yrityksillä kuin pienillä yrityksillä. Koska harkitessa sovittelun edellytyksiä vahingonkorvauslain mukaan avainasemassa ovat taloudelliset näkökohdat, tullee tätä korostaa. Toisaalta compliance-toiminnon laajuus ja taso luonnollisesti vaihtelee yrityksen koon mukaan, joten estettä sille, että pienelläkin yrityksellä olisi compliance-ohjelma, ei tietenkään ole. Jos täysi korvausvastuu ei aiheuttaisi kohtuuttomia hankaluuksia yritykselle, ei sovittelua puollettaisi.²³⁴ Toisaalta jos näin olisi, voisi olla mahdollista ottaa tämä harkinnassa huomioon yrityksenkin kohdalla, vaikka tulee korostaa, että yrityksen kohdalla sovittelun edellytyksiä tulee arvioida tiukemmin kuin yksityisen henkilön kohdalla. Riskit ovat luonnollinen osa yritystoimintaa ja yrityksen vastuun sovitteluun tulisi suhtautua varsin pidättyväisesti.²³⁵ Jos yritys ottaa liian suuren riskin sen taloudellisen sietokyvyn kannalta, konkurssi on tästä luonnollinen seuraus. Toisaalta tällöin myös vahingonkärsijä mahdollisesti häviäisi, jos se ei saisi saatavaansa konkurssissa. Hemmon mukaan edellytyksiä pienemmänkään yrityksen vastuun sovitteluun ei olisi siinäkään tapauksessa, että korvausvastuu lankeaisi lopulta yritystoimintaa harjoittaneen yksityishenkilön kannettavaksi.

KKO:n ratkaisussa 1999:12 käräjäoikeus otti kantaa kanteessa esitettyyn perusteeseen ohjeistamisen puutteellisuudesta säästöpankin hallituksen jäsenten ja toimitusjohtajan vahingonkorvausvastuun perustamiseksi luotonantosta aiheutuneista vahingoista. Käräjäoikeus otti ohjeiden puutteellisuutta arvioidessaan huomioon sen, ettei laissa, rahoitustarkastuksen ohjeissa tai

²³² VahL 3:6 §: Jos tässä luvussa tarkoitettu korvausvelvollisuus harkitaan ilmeisesti kohtuuttomaksi tai jos vahingon suuruus sekä muut olosuhteet huomioon ottaen on erityistä syytä, voidaan korvausta sovittaa. Ks. Hemmo 2005, s. 218.

²³³ Hemmo 1996, s. 156–158.

²³⁴ Hemmo 1996, s. 191–192.

²³⁵ Hemmo 1996, s. 179–180 ja Bengtsson, s. 258.

säästöpankkitarkastuksen kiertokirjeissä ollut edellytetty ohjeistusta. Yleisesti ohjeistaminen oli ollut vähäistä säästöpankkiryhmässä. Erityisesti käräjäoikeus totesi, että ohjeistamisen merkitys pienessä yrityksessä oli huomattavasti pienempi kuin isossa pankissa. Yhtenäinen käytäntö, neuvonta ja ohjeistus oli ollut mahdollista ilman tarkkoja kirjallisia ohjeita. Sen takia käräjäoikeus katsoi, että ohjeistamisen mahdollisilla puutteilla ei ollut merkitystä asian ratkaisulle.

Vaikka korkein oikeus ei ottanut perusteluissaan näihin kantaa, kertoo käräjäoikeudenkin ratkaisuharkinta jotain vallitsevasta oikeustilasta. Tapauksessa tulee mielestäni ilmi, että tuomioistuin voi ottaa huomioon yrityksen koon arvioidessaan sisäisen ohjeistuksen merkitystä tuottamusarvioinnissa. Onkin mielestäni perusteltua, että ison yrityksen compliance-ohjelmalta edellytetään ulkoisesti, esimerkiksi juuri kirjallisen ohjeistuksen muodossa enemmän, jotta sillä voisi olla merkitystä tuottamusarvioinnissa. Pienessä yrityksessä ohjeistaminen voidaan hoitaa epämuodollisemmin tavoin kuin suuressa yrityksessä, jossa kontakti valvovan johdon ja työntekijöiden välillä ei ole niin suoraa. Vaikka pienemmän yrityksen tuleekin samalla tavalla täyttää velvoitteensa kuin ison yrityksen, riittäviksi katsottavan toimet voivat olla vähäisempiä organisaation ollessa yksinkertaisempi ja työntekijöiden määrään vähäisempi. Toisaalta tässä voi olla mahdollisuus myös toisenlaiselle tulkinnalle; kun työntekijät ovat ohjeistamisesta ja yrityksen hallinnon järjestämisestä vastuussa olevien läheisyydessä, voisi olla hankalampaa perustella, miten toiminta silti on ollut puutteellista.

Myös Dotevall on esittänyt, että olisi sopivaa asettaa erilainen mittapuu pienen ja suuren yhtiön johdolle yhtiön toiminnan ja koon vuoksi.²³⁶ Yhtiöiden johdossa olevia henkilöitä ei voida kutsu homogeeniseksi joukoksi, vaan heidän toimintansa voi olla hyvin erilaista riippuen siitä, onko kyseessä pieni kotimainen vai kansainvälinen yritys. Vaikka yhtiön vastuuta arvioitaessa arvioinnin kohteena muodollisesti onkin yhtiö oikeushenkilönä, pelkistyy arviointi

²³⁶ Dotevall, s. 92.

usein kuitenkin yhtiön työntekijöihin ja johtoon. Siten voitaneen pitää tämänlaista arviointitapaa luonnollisena myös arvioitaessa sovitteluun vaikuttavia muita olosuhteita.

Vaikka vahingon ei tuottamusarvioinnissa olisi katsottu olevan siinä määrin vaikeasti ennakoitava, että toimija ei olisi sitä voinut aavistaa, voi sillä olla vaikutusta kohtuuperusteisessa sovitteluharkinnassa.²³⁷ Esimerkiksi tapauksessa KKO 1983 II 26 korkein oikeus totesi, että se, että A oli teon tehdessään kyennyt ymmärtämään vahingonvaaran siitä, kun hän ampui B:tä kohti laukauksen, otettiin huomioon sovitteluharkinnassa. Kuten edellä on mainittu, yrityksen tulee olla tietoinen siihen kohdistuvien velvoitteiden sisällöstä, eikä se voi vedota tuottamusarvioinnissa siihen, ettei se olisi tiennyt näiden vaatimusten sisällöstä. Hemmo on todennut, että tuottamusarviointi sovittelun edellytyksiä arvioitaessa on subjektiivisempaa kuin se on tuottamuksen edellytyksiä arvioitaessa.²³⁸ Sovittelun yhteydessä voitaisi sille, onko huolimattomuus ollut tietoista vai tiedotonta, antaa merkitystä. Compliance-ohjelmalla yritys voisi yrittää osoittaa joka tietoisuuttaan tai tietämättömyyttään, mikä saattaisi edesauttaa sovittelun edellytyksiä arvioitaessa.

Jos compliance-ohjelmalle annetaan merkitystä arvioitaessa tuottamuksen astetta, voisi sillä tätä kautta olla ainakin välillistä vaikutusta sovitteluharkinnassa. Tuottamuksen laadulla voi olla sovitteluharkinnassa sovittelua puoltavia tai estäviä vaikutuksia.²³⁹ Esimerkiksi edellä kuvatussa korkeimman oikeuden tapauksessa KKO 1999:12 sovitteluharkinnassa otettiin huomioon sovittelua puoltavana tekijänä se, etteivät vastaajat olleet aiheuttaneet vahinkoa törkeästä huolimattomuudesta. Rikkomuksen laatu ja haitallisuus heijastuvat usein vahinkoon johtaneen toiminnan moitittavuudessa.²⁴⁰ Esimerkiksi kilpailua rajoittavat toimet voivat olla laajasti ajateltuna haitallisia koko markkinatalouden kannalta, eikä räikeissä rikkomistapauksissa, kuten kartelleissa, voitaisi lähtökohtaisesti ajatella, että tuottamus olisi jotenkin lievää ja puoltaisi sovittelua.²⁴¹

²³⁷ Hemmo 1996, s. 165.

²³⁸ Hemmo 1996, s. 108.

²³⁹ Esim. Ståhlberg – Karhu, s. 481 ja Hemmo 1996, s. 85–86.

²⁴⁰ Ståhlberg – Karhu, s. 481.

²⁴¹ Näin esim. Aine, s. 607.

Samaa ajattelutapaa voitaneen soveltaa yrityksen muuhun haitalliseen ja moitittavaan menettelyyn. Siten esimerkiksi yrityksen syyllistytessä selkeään yhteiskunnallisesti moitittavaan menettelyyn, josta aiheutuu jopa asianosaissuhteen yli ulottuvia vahinkoja (kuten tietosuojasäännösten rikkominen), olisi sovittelu näissä hyvin poikkeuksellista, eikä compliance-ohjelmalla olisi tämänlaisissa tilanteissa merkittävää vaikutusta. Ja toisin päin; jos menettelyn ei voitaisi katsoa olevan selkeää piittaamattomuutta, eikä toiminnasta aiheutuisi merkittävää vahinkoa, puoltaisi tämä sovittelua. Törkeää huolimattomuutta voidaan pitää perusteena sovittelun estymiselle.²⁴²

Tosiasia kuitenkin on, että yrityksen keinot suojautua vastuuvakuutuksin aiheuttamiensa vahinkojen korvausvaatimuksilta, tulee ottaa huomioon. Korvauksen sovittelua ei tulisi soveltaa, jos vahingonaiheuttajalla on vastuuvakuutus, joka kattaa aiheutetun vahingon.²⁴³ Toisaalta vakuutuksen puuttuminenkin tilanteessa, jossa sen ottaminen on tyypillistä, voisi johtaa siihen, että se osapuoli, jonka olisi tullut ottaa vakuutus, joutuu kärsimään siitä.²⁴⁴ Tällöin tulisi ottaa huomioon se, kuinka yleistä vakuutuksen ottaminen on, vahinkoriskin suuruus sekä vakuutuksesta aiheutuvien kustannusten määrä suhteessa mahdollisesti aiheutuvan vahingon määrään. Koska yrityksellä lähtökohtaisesti on mahdollisuus usein suojautua vakuutuksin ja se on varsin yleistä, on tällaisen puuttumisella vaikutusta sovitteluratkaisussa, kuten esim. tapauksessa KKO 1991:65 tulee ilmi. Tallinpitäjälle syntyi korvausvastuu hevosen vahingoituttua tallissa. Hevosen omistaja ja tallinpitäjä eivät olleet sopineet hevosen vakuuttamisesta. Myöskään alan vakuuttamismahdollisuuksista- ja käytännöistä ei esitetty selvitystä.

Aikaisemmin riskiperusteisen arvioinnin yhteydessä esiteltyä Learned Hand -kaavaa ja yllä esitettyä arviointia liittyen yrityksen vakuutusmahdollisuuksiin voitaisi soveltaa yrityksen compliance-ohjelmaan. Compliance-ohjelma on usein varsin kustannustehokas tapa hallita yrityksen riskejä varsinkin verrattuna odotettavissa olevien vahinkojen suuruuteen.²⁴⁵ Compliance-ohjelmalla voidaan mahdollisesti ehkäistä yrityksen kannalta vahinkoja, joihin

²⁴² Hemmo 2005, s. 220.

²⁴³ Saarnilehto 2007, s. 60

²⁴⁴ Hemmo, 1996, s. 150

²⁴⁵ Oikein mitoitettu compliance-ohjelma. Käynnistäessään compliance-ohjelmaa yrityksen tulisi pyrkiä kartoittamaan, mitä voidaan tehdä yrityksen sisäisin toimin ja mihin tarvitaan ulkopuolista apua. Aito tarve tulee pitää hankintaperusteena. Ylimoitettu compliance-toiminto voisi jopa herättää kysymyksiä yrityksen riskienhallinnan pätevyydestä.

kohdistuu suuri vahinkoriski. Kun liikutaan yritysmaailmassa, tulee moitittavaan käyttäytymiseen yhdistää aina myös mahdollisuus maineen likaantumiseen, joka saattaa johtaa merkittäviin tappioihin. Voidaan myös ajatella asiaa positiivisen edun kautta, sitä kuinka pienellä panostuksella eettiseen toimintaan yritys voi saavuttaa paremman taloudellisen tuloksen. Kun yllä vakuutusten kohdalla ilmeni, että yrityksen vakuutusmahdollisuudet voidaan ottaa huomioon arvioitaessa korvausvastuuta, voi olla, että vastaava argumentti saisi painoarvoa myös compliance-ohjelman merkitystä arvioitaessa. Koska tällöin tulee verrata tilannetta alalla vallitsevaan käytäntöön, tulee huolellisuusarvioinnin mittapuuta haettua yleisesti vallitsevasta käytännöstä. Tämän perusteella voisikin olla perusteltua antaa tuotamusarvioinnissa ainakin jotain vaikutusta sille, jos yrityksellä ei lainkaan olisi compliance-ohjelmaa, tai jos compliance-ohjelma olisi puutteellinen.

Yhdysvalloissa on oikeuskäytäntöä, joka saattaisi antaa perustaa sille, että compliance-ohjelmalla voidaan puolustautua vahingonkorvauskannetta vastaa. Ratkaisussa *Harris v. L & Wings, Inc.*, 32 F.3d 978, 983-84 (4th Circuit 1997)²⁴⁶ tuomioistuimien totesi, että jo seksuaalisen häirinnän vastaisen politiikan olemassaolo on vahva vasta-argumentti sille, että työnantajan käytös olisi ollut törkeän piittaamaton. Tapauksessa viitataan myös ratkaisukäytäntöön siitä, että vilpittömässä mielessä perustetun kirjallisen politiikan olemassaolo on estänyt rangaistusluonteisen vahingonkorvauksen tuomitsemisen. Vaikka rangaistusluonteinen vahingonkorvaus on Suomen vahingonkorvausoikeudelle vieras käsite, voinee tuomioistuimen argumentoinnista poimia joitain perusteita. Voitanee sanoa, ettei compliance-ohjelman olemassaolo ainakaan puhu voimakkaasti sen puolesta, että tarkoituksena olisi toimia räikeän piittaamattomasti suhteessa vahingon aiheutumiseen, jolloin sovittelu voisi helpommin tulla kyseeseen.

Voitanee todeta, ettei yrityksen korvausvastuuta voida helpoin perustein sovittaa. Jos kuitenkin yritys voisi compliance-ohjelmallaan osoittaa toimineensa parhain mahdollisin tiedoin ja taidoin, eikä vahinko olisi ollut ennakoitavissa, yrityksen varallisuusolot puhuisivat sovittelun puolesta, eikä vastuuvakuutusta olisi, voisi sovittelu kenties tulla kyseeseen. Oikeuskirjallisuudessa on tuotu lisäksi esiin, että kohtuusperusteisen sovittelun edellytyksiä

²⁴⁶ Tapaukseen viittaa Fatino, s. 98–99. Kyseessä oli rangaistusluonteinen punitive claim.

arvioitaessa tuomioistuimelle on varsin laaja harkintavalta.²⁴⁷ Siten compliance-ohjelmalla saattaisi sovittelussa olla kohtuullisuusperusteista merkitystä.

Compliance-ohjelman merkitys olisi laajimmillaan alueella, jossa mahdollisesti on epäselvyyttä lain sisällöstä tai sen ollessa tulkinnanvaraista, eikä sillä olisi käyttöä vakavissa lainvastaisissa tilanteissa. Osoittamalla varautuneensa tehokkaalla compliance-ohjelmalla yritys voi osoittaa toimineensa huolellisesti ja pyrkineensä estämään moitittavan menettelyn ja siten pyrkineensä toimimaan oikein. Compliance-ohjelmalla ei itsessään voida kuitenkaan lähtökohtaisesti katsoa olevan kovin painavaa merkitystä arvioinnissa, vaan se tulisi ottaa huomioon kokonaisharkinnassa yhtensä punnittavana osatekijänä ensisijaisesti arvioitavana olevan yrityksen varallisuusaseman ja vahingonkärsijän korvaustarpeen arvioinnin jälkeen. Koska yrityksen varallisuusasemalla on merkitystä arvioinnissa, voisi pienen yrityksen mahdollisesti onnistua helpommin osoittamaan, että kohtuusperusteista sovittelua tulisi soveltaa.

4.3. Korvausvastuun sovittelu sopimussuhteessa

Vahingonkorvauslakia ei sovelleta sopimukseen perustuvaan korvausvastuuseen (Vahl 1:1 §). Siten sopimukseen perustuvan vahingonkorvauksen sovittelua ei lähtökohtaisesti harkita samoilla edellytyksin kuin vahingonkorvauslakiin perustuvan korvausvastuun sovittelua. Laissa ei myöskään ole yleistä säännöstä, joka antaisi mahdollisuuden vahingonkorvausvelvollisuuden sovitteluun sopimusrikkomuksen perusteella (KKO 2006:56). Korkeimman oikeuden vanhemmasta käytännöstä on kuitenkin ilmennyt, että sopimukseenkin perustuvan korvausvastuun sovittelussa voidaan sovitella samoilla periaatteilla, kuin mitä Vahl 2:1.2 §:stä ilmenee (KKO 1985 II 51). A oli tapauksessa suunnitellut kelvottomasti suunnitelman teollisuushallista. Sovittelussa verrattiin vahingonaiheuttaja A:n suunnittelu-tehtävästä saamaa palkkiota, jota ei ollut pidettävä vahingonkorvauksen ylärajana, syntyneen vahingon määrään, otettiin huomioon kantajan ja vastaajan taloudelliset olosuhteet ja se, ettei A ollut tahallisesti aiheuttanut syntynyttä vahinkoa. Täysi korvausmäärä olisi muodostunut kohtuuttoman raskaaksi A:lle, joten määrää soviteltiin.

²⁴⁷ Hoppu – Hoppu, s. 292–293.

OiktL 36 §:ssä ja KL 70.2 §:ssä on säädetty sovittelumahdollisuudesta sopimukseen perustuvan vahingon osalta. Saarnilehto kuitenkin esittää, että vahingonkorvauslakiin ja sopimukseen perustuvan korvausvastuun kokonaisarvioinnissa voi ottaa huomioon erilaisia tekijöitä, joten harkinta tulee tehdä yksittäistapauksittain.²⁴⁸ Myöhemmin korkein oikeus on myös ratkaisussaan KKO 2006:56 todennut, ettei sovittelun edellytyksiä ole tarpeen arvioida VahL 2:1.2 §:n mukaan, vaan voidaan soveltaa mm. edellä mainittuja OiktL 36 § sekä KL 70.2 §:ää. Ratkaisussa myös todettiin, että vaikka sopimussuhteeseen ei olisi sovellettavissa suoraa sovittelusäännöstä, voidaan sopimukseen perustuvaa vahingonkorvausvastuuta sovittaa samoin tavoin.

²⁴⁸ Saarnilehto 2001, s. 380.

5. Yhteenveto

5.1. Tulokset

Koska compliance-ohjelman merkityksestä siviilioikeudellisessa tuottamusarvioinnissa suuntaan tai toiseen ei ole kehittynyt oikeuskäytäntöä, voidaan ohjelman merkitystä tosiasiallisessa soveltamistilanteessa vain rakentaa yleistyksiä aikaisemman oikeuskäytännön ja kirjallisuudessa esitettyjen kantojen perusteella. Siten nähtäväksi jää, saako compliance-toimintojen lisääntyminen aikaan sen, että jokin yritys yrittäisi puolustautua sillä vahingonkorvausoikeudenkäynnissä tai että kantaja esittäisi sen tuottamusarviointia kiristävänä perusteena. Kuten tutkielmassani olen pyrkinyt tuomaan esille, suomalaisessa vahingonkorvausoikeudessa on useita piirteitä, jotka voisivat toimia perusteena niin tuottamusta lieventävälle kuin kiristävällekin arvioinnille. Kuitenkaan voimassa oleva oikeus ei suoraan anna vahvaa tukea ohjelman merkitykselle, vaikka antaakin puolustuksen tai vastustuksen rakentamiselle välineitä. Selkeitä linjoja ei ole vielä hahmoteltavissa, kun useat compliance-olemassaoloon ja sisältöön liittyvät piirteet voivat viitata niin tuottamusarviointia lieventävään kuin kiristäväänkin suuntaan. Siten on yhä varsin epävarmaa, voisiko ohjelmalla käytännössä olla vaikutusta tuottamusarvioinnissa.

Arvioitaessa compliance-ohjelman merkitystä tuottamusharkinnassa ja tuottamuksen astetta määritettäessä yrityksen velvollisuus järjestää toimintajärjestelmänsä keskeisten riskiensä kannalta sekä yrityksille asetettu korkea huolellisuusvelvoite rajaa käyttöalaa ainakin katsottaessa ohjelma yrityksen eduksi. Kuten olen myös tuonut esille, tuottamusta ja tuottamuksen astetta arvioitaessa harkinnan tulee perustua yksittäistapaukselliseen kokonaisarviointiin. Riippuen muista harkinnassa vaikuttavista tekijöistä voi compliance-ohjelma saada suuremman tai pienemmän merkityksen. Voitaneen myös sanoa, että compliance-ohjelmalla voi olla tuottamuksen asteen kannalta välillistä merkitystä myös vastuuvakuutuksesta saatavaan korvaukseen ja vastuunrajoitusehtojen pitävyyteen. Kohtuusperusteisen sovittelun edellytyksiä arvioitaessa compliance-ohjelmalla saattaisi olla merkitystä, jos muut olosuhteet niin sallisivat. Sovittelun edellytysten harkinnassa tuomioistuimella on varsin laaja harkintavalta ja se voisi paremmin mahdollistaa eri kohtuullisuusperusteiden, kuten compliance-toiminnon huomioon ottamisen.

5.2. Jatkotutkimus

Olen tässä tutkielmassa analysoinut yleisellä tasolla niitä yleisiä vahingonkorvausoikeudellisia perusteita, joihin compliance-ohjelman merkitys tuottamusarvioinnissa voitaisi liittää. Tarkoituksena on, että tästä voidaan saada yleisiä suuntaviivoja, joille oppia voitaisi rakentaa. Tutkielmani tarkoituksena ei olekaan ollut esittää yksittäiseen tapaukseen tai oikeudenalaan soveltuvaa oikeusohjetta. Tästä johtuen tutkielmani jää kuitenkin varsin yleiselle tasolle, eikä lähelle konkretiaa tai oppien testausta yksittäistapauksessa päästä. Siten mahdolliselle myöhemmällä jatkotutkimukselle jää vielä paljon pohdittavaa ja analysoitavaa, kuten oikeustilan selvittäminen tiettyyn ilmiöön keskittyvän compliance-ohjelman merkityksestä tietyllä oikeudenalalla. Voitaneen yleisellä tasolla ennustaa, että eri oikeudenalojen sääntelyn selkeyden ja yksityiskohtaisuuden sekä muiden oikeudenalan ominaispiirteiden johdosta compliance-ohjelma voi saada varsin erilaisen merkityksen yhteydestä riippuen. Myös vallitsevan käytännön ja hyväksyttyjen ohjeiden merkitystä compliance-ohjelman merkityksen kannalta voisi olla aiheellista tutkia tarkemmin. Lisäksi mielenkiintoista olisi yritysten kannalta selvittää, millainen compliance-ohjelma olisi optimaalisin, jotta parhaat hyödyt vahingonkorvausvastuun arvioimisen kannalta saataisi irti.